

L'ACTION OBLIQUE

EN

DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 6 Juin 1936, à 13 heures

PAR

ABD EL KADER MARZOUK

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

Suffragants { MM. NIBOYET, professeur
 ESMEIN, professeur.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1936

L'ACTION OBLIQUE

EN

DROIT COMPARÉ

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'ACTION OBLIQUE

EN

DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 6 Juin 1936, à 13 heures

PAR

ABD EL KADER MARZOUK

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

Suffragants { *MM. NIBOYET, professeur*
ESMEIN, professeur.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1936



L'ACTION OBLIQUE EN DROIT COMPARÉ

INTRODUCTION

Parmi les grands problèmes qui dominent toutes les questions économiques actuelles, il en est un qui revêt un intérêt tout à fait primordial, c'est celui de la solvabilité.

La solvabilité est à la base de la notion de crédit et celui-ci est à la base de toute organisation civilisée.

La solvabilité est indépendante de la créance.

Beaucoup de créances sont garanties certes, et l'on peut dire de celles-là que la solvabilité leur est étrangère. Nous dirons même que la créance garantie n'éveille pas chez nous l'idée de crédit. Il est toujours très aisé de faire crédit à une personne quand elle nous donne des gages certains, des sûretés solides. La notion de crédit est autrement intéressante quand précisément le débiteur est dans l'impossibilité immédiate de pouvoir remettre ces gages, de pouvoir accorder ces sûretés. Le crédit est bien alors « la confiance ». Le créancier croit à son débiteur, mais la confiance elle-même est un sentiment qui peut évoluer. L'opinion du créancier peut changer. Le débiteur même n'a pas toujours moralement démérité : le créancier risque cependant de n'être pas payé.

Tel homme dont, à juste titre, la solvabilité n'était pas

mise en doute, devient la victime de circonstances malheureuses. Les événements imprévus transforment la situation : il perd une partie de sa fortune, il perd tout à fait son crédit et le créancier se demande comment il pourra recouvrer ce qui lui est dû.

Souvent le créancier sera prévenu suffisamment à temps pour exercer ses droits, prendre jugement ou obtenir des gages, mesures fragiles, surtout lorsque le débiteur est commerçant et qu'il est contraint sous peu de déposer son bilan.

Mais en dehors de ces garanties de la dernière heure, nous connaissons les mesures conservatoires, la saisie-exécution, la saisie immobilière.

Seront-elles opérantes ? seront-elles efficaces ? Le créancier ne va-t-il pas risquer une procédure sans résultats ?

Aussi plutôt que de tenter une mesure aussi brutale qui risque souvent de rendre peut-être son débiteur immédiatement insolvable, il va chercher si celui-ci n'est pas à son tour créancier. Certes, s'il apprend que des actes frauduleux ont été conclus avec des tiers pour simuler ou réaliser l'appauvrissement, il sera muni d'une action particulièrement efficace et que les hommes ont connue depuis longtemps sous le nom d'action paulienne.

Toutefois, les débiteurs ne sont pas toujours malhonnêtes et ils peuvent pour des raisons personnelles, ne pas exercer les droits qu'ils ont vis-à-vis d'autres hommes, notamment des droits de créance. Leur attitude peut avoir pour origine des raisons d'ordre privé, d'ordre sentimental.

Celui qui doit, répugne à intenter une action contre son propre débiteur, auquel il est lié par des sentiments d'affection ou de parenté. Mettre dans l'embarras, sinon dans la gêne, une personne de sa famille, un ami dévoué,

est pour lui une sorte de question de conscience. Et ces hésitations sont des plus honorables. Cependant il doit réfléchir à la dette qu'il a contractée, aussi bien moralement que matériellement, à désintéresser celui qui lui a accordé sa confiance. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et les commentateurs de cet article du Code Civil estiment que, même si la convention est en opposition avec une loi, elle doit l'emporter si elle ne viole pas une règle d'ordre public. L'article 1134 ne fait d'ailleurs que reproduire des dispositions du Digeste.

Parfois aussi, l'abstention aura une cause moins morale. « Il peut arriver, écrit Baudry-Lacantinerie, que le débiteur néglige ou refuse d'agir. Cela se conçoit facilement de la part d'un débiteur dont le passif excède l'actif. Affaissé et découragé il se dira souvent : « A quoi bon me donner la peine d'exercer les actions qui m'appartiennent, puisque le profit en sera absorbé par mes créanciers ? Qu'ils agissent eux-mêmes. » Eh bien ! précisément la loi leur permet d'agir et de triompher de l'inertie du débiteur : ils exerceront l'action à sa place, en vue de se faire payer sur le prix des biens qu'elle permettra de conquérir.

La loi doit faire un juste départ entre les intérêts du créancier et la dignité du débiteur. Que le premier puisse exercer les actions du second toutes les fois que le débiteur s'abstient par fraude, par négligence, par insouciance. Il n'y a là aucune difficulté. Même si son inaction est basée sur des considérations morales, elles doivent céder devant l'équité. Pourrait-on admettre qu'un homme endetté refusât une succession dont le montant servira à payer ses dettes, pour permettre à un parent, même proche, d'avoir une situation aisée, de ne pas changer son train de vie ?

Certes non. Cet homme ferait des libéralités qu'honnêtement il ne saurait faire. Il a vendu un immeuble à vil prix. Va-t-on le laisser s'abstenir d'exercer l'action en réméré, si elle a été stipulée dans l'acte, ou même l'action pour cause de lésion ? S'il ne doit rien à personne, libre à lui de s'appauvrir. Mais il ne sera admis à le faire, lorsque son patrimoine est chargé de dettes, ses immeubles couverts d'hypothèques.

« *Nemo liberalis nisi liberatus* » et le Code décide que les légataires ne pourront prétendre à toucher leur part que sur l'actif net, après paiement des dettes.

Toutefois, une limite s'impose. Le droit des créanciers ne saurait d'abord concerner l'exercice d'actions purement morales, qui n'augmenteraient pas le patrimoine de leur débiteur. La loi ne les autorisera pas, par exemple, à intenter une procédure en divorce, une recherche de paternité. Et cette solution sera même maintenue, lorsque l'action aboutirait à modifier la situation pécuniaire de leur débiteur. Que celui qui possède une créance cherche à obtenir le paiement, rien de plus juste, mais il ne saurait faire de son débiteur une sorte d'esclave, contraint à jeter le trouble dans sa famille, à causer du scandale, à renoncer à son indépendance morale. Et le critérium, comme nous le verrons dans cette étude, non déterminé expressément par la législation, va donner lieu parfois à controverse. Notre guide sera le droit romain ainsi que notre ancien droit auxquels les auteurs du Code Civil ont implicitement renvoyé en introduisant l'action oblique en une phrase très courte, sans aucun développement.

Nous dirons : Il faut que le créancier dans son exercice justifie d'un avantage tiré de la procédure qu'il se prépare à engager, pour empêcher toute tracasserie sans intérêt.

Il faut que le droit de créance soit incontestablement établi et il est nécessaire enfin que la décision du créancier soit fondée sur l'inaction du débiteur.

Les juristes se sont-ils mis d'accord sur cette importante question ? ont-ils toujours posé les mêmes principes ?

Les nations civilisées connaissent cette situation particulière du créancier et du débiteur. Mais les applications du principe ne sont pas identiques, les modalités peuvent varier d'une législation à une autre.

Il nous a donc paru intéressant au moment où les questions de créances sont passées même dans le plan international de voir comment certains pays pratiquent l'action oblique.

Nous rapprocherons alors les résultats obtenus avec le système français et nous tirerons de cette comparaison les conclusions qui s'imposent.

Nous verrons d'ailleurs que même les États qui n'ont pas cru devoir accepter le principe tel qu'il est présenté par notre Code Civil, ont cependant été amenés à prendre des mesures protectrices des créances et que le créancier aura des garanties pour recouvrer ce qu'il a prêté. Bien mieux, — et ceci résulte d'un fait économique qui, en moins d'un siècle, a modifié complètement la composition des fortunes — l'action oblique a perdu de son importance. L'intérêt de l'étude est loin cependant de disparaître. Au ^{xix}^e siècle, l'adage « *res mobilis res vilis* » est devenu inexact. Le développement inouï des valeurs mobilières a « vieilli » notre Code, que tant de nations avaient imité. Le Code Civil est devenu archaïque non pas tant, parce qu'il est battu en brèche par des controverses sur le droit de propriété, par une tendance, à laquelle la force de plus en plus grande des masses populaires n'est pas étrangère,

à voir avec sympathie le débiteur, considéré bien souvent à tort, comme le « pauvre » et le créancier comme le « riche », mais par sa conception que la fortune est dans la terre et que les capitaux mobiliers viennent au second plan. Le plus souvent de nos jours, les créances ont pour objet une somme d'argent. Un créancier a un moyen facile de recouvrer ce qui lui est dû sur le débiteur de son débiteur. Par la saisie-arrêt, par la défense faite à un tiers de payer à son créancier, il immobilisera la dette de ce tiers et pourra en obtenir le paiement. A la différence de l'action oblique, la procédure de saisie-arrêt ne fait pas rentrer dans le patrimoine le montant de la créance, et, la procédure terminée, le créancier direct ne recevra le paiement de sa dette, qu'après versement par son débiteur à son propre créancier de la somme qu'il devait à celui-ci. L'action indirecte sera donc exercée, dans les cas seulement où le débiteur ne possède pas lui-même, contre une autre personne une créance d'argent. L'article 1166 ne jouera que lorsque la somme due n'est pas liquidée ou quand il s'agira d'autres obligations, telles qu'une prestation. Mais les bouleversements économiques de l'époque actuelle sont de nature à amener une réaction. Qui sait si Pothier qui préférerait « de bons héritages » à des valeurs mobilières fera encore sourire les auteurs de l'avenir ?

Notre étude comprendra trois parties.

Nous exposerons dans la première, d'une façon détaillée trois des législations qui admettent l'action oblique ; celle de la France où cette action est passée du droit romain dans notre ancien droit et a été maintenue par les rédacteurs du Code Civil, celle de l'Égypte, enfin la législation italienne.

Quand on parle du droit égyptien ou de l'application des lois égyptiennes, il ne faut pas oublier qu'en Égypte il y a deux codifications : le Code national et le Code mixte : L'un contient un grand nombre de principes généraux s'inspirant des usages locaux et du Code français. Quant au droit égyptien mixte, il a des origines plus complexes. Ses sources sont dans la loi qui se présente avec des formes constitutionnelles de promulgation et de publication qui s'imposent au peuple, et dans la coutume qui ne se crée pas, ne se fixe pas de la même manière, et surtout ne revêt pas, à un moment donné, un caractère strictement obligatoire pour tous.

En ce qui concerne l'action oblique, les textes qui la prévoient, sont imités du Code français, et ainsi doctrine et jurisprudence permettent une comparaison intéressante. Nous parlerons enfin d'une institution purement égyptienne, le Warkf, à l'occasion de laquelle l'action oblique peut se présenter dans des conditions spéciales.

Après avoir étudié, avec le droit français et le droit égyptien, la législation italienne, nous donnerons quelques indications sur le projet de Code franco-italien et les pays qui adoptent l'action oblique.

La deuxième partie sera consacrée au droit anglais. Il nous paraît nécessaire de lui faire une place à part et de montrer les solutions données dans cette Nation.

Nous terminerons en exposant les principes du droit germanique et du droit helvétique, où l'action oblique n'a pas été admise dans la codification. De même que des renseignements seront donnés dans la première partie, sur les législations, autres que celles spécialement étudiées, qui ont accueilli cette action donnée aux créanciers, nous

indiquerons, à la suite de l'étude sur les législations de l'Allemagne et de l'Autriche et de la Suisse, les États qui n'ont pas cru devoir s'inspirer, sur la question qui nous occupe, du droit romain et qui ont cependant introduit dans leur codification, diverses mesures tendant à remplacer — imparfaitement, semble-t-il — le principe qui a triomphé ailleurs et à défendre les créanciers contre la négligence ou la mauvaise volonté de ceux en qui ils ont foi.

PREMIÈRE PARTIE

L'ACTION OBLIQUE EN DROIT FRANÇAIS, ÉGYPTIEN ET ITALIEN

CHAPITRE PREMIER

L'ORIGINE ET LA NATURE DE L'ACTION

Nous ne voulons pas dans cette modeste étude présenter un exposé complet sur l'action oblique en droit français, de nombreux auteurs ont eu l'occasion d'effectuer des recherches approfondies à l'occasion de toutes les applications de l'article 1166.

Notre but sera plus restreint ; nous ne tirerons de l'examen de cette action que les éléments intéressant le droit civil comparé, afin de nous rendre compte dans les grandes lignes des divergences et ressemblances des différentes législations.

La théorie française fait naturellement dériver le principe de l'action du droit de gage général (art. 2092 du C. C.). C'est à raison de ce droit de gage que les créanciers peuvent ne pas tolérer la négligence ou la mauvaise volonté du débiteur, qui laisse son patrimoine privé d'un bien, qu'il laisse dépérir.

Sur les origines mêmes de cette action, M. Labbé, dans la *Revue Critique* de 1856, t. IX, p. 208, a exposé, ses

recherches tendant à établir comment la tradition romaine est venue jusqu'à nous.

A vrai dire, nous savons qu'en droit romain, cette action rentre dans le cadre des procédures des voies d'exécution et que seul pouvait l'engager le « curator » ou « magister » chargé de la liquidation des biens du débiteur.

Mais le droit romain était soumis à des règles trop strictes pour que l'action pût s'exercer directement ; on n'arrivait à la solution que par un détour. Le « bonorum emptor » tenait ces droits d'une procédure qui avait pour origine la « missio in bona » par laquelle le magister vendait tous les biens du débiteur, sorte de faillite, qui devait compte à des créanciers, en une véritable masse, le résultat de cette cession avait pour but de désintéresser, en tout ou partie, cette masse.

Le « magister » avait tout d'abord contre le débiteur lui-même « utilitatis causa » l'exercice de tous les droits et actions. Mais, dans le « bonorum distractio », ce curateur exerce également les actions du débiteur : par la « pignoris capio ex causa » quand il traitait « nomen debitoris » il avait l'option de vendre aux créanciers ou d'agir contre le débiteur. Le créancier ne pouvait pas agir au nom du débiteur, mais une personne désignée par le magistrat intervenait pour exercer les droits et actions du créancier. Puis, la procédure romaine fit disparaître cette formalité et l'exercice des droits et actions appartint au créancier lui-même au nom du débiteur.

La législation romaine adopta ce principe qui passa dans le très ancien droit français ; il fallait toutefois que le débiteur du débiteur eût reconnu sa dette, que le premier débiteur fut condamné, et que ce dernier fut reconnu insolvable au moment de l'exécution. Déjà à cette époque,

le créancier ne pouvait pas exercer les actions personnelles comme l' « action injuriarum ».

La tradition romaine n'est pas venue directement dans notre Code même avec la profonde modification qui s'est produite dans la partie de droit que nous étudions.

L'action paulienne nous parvint, pour ainsi dire sans changement de fond ou de forme : nous avons vu et nous aurons occasion de voir comment l'action oblique ne s'est pas dégagée avec la même netteté dès son origine. Le droit romain classique ne l'avait pas du tout pratiquée ; ce n'est que beaucoup plus tard qu'elle se fit jour indirectement par la « bonorum distractio. »

Nous aurons l'occasion de revenir sur les qualités spéciales de cette action dont le principe est particulièrement équitable. Le très ancien droit français qui eût également une si heureuse influence sur le Code Civil a connu l'action oblique et l'a pratiquée. D'où provient-elle exactement ?

M. Demogue nous l'explique (*Traité des obligations*, t. VII, p. 40 et suiv.) : ce furent les glossateurs qui admirent que chaque créancier pouvait exercer le droit de son débiteur et l'idée se développa. Doneau, Guy Coquille en acceptèrent le principe. Pothier indique à plusieurs reprises cette action du créancier.

Il nous a donc paru intéressant de rechercher dans les textes anciens quelques précisions d'ordre pratique.

Analysons notamment l'article 278 de la coutume de Normandie qui étudie un cas tout à fait spécial, mais dont le principe a reçu et reçoit toujours de nombreuses applications parce qu'il correspond à une réalité juridique très fréquente.

C'est l'attitude du débiteur qui ne prend pas partie dans

une succession qui lui revient « Avenant que le débiteur ne veuille pas accepter la succession qui lui est échue. Ses créanciers pourront se faire subroger en son lieu et droit pour l'accepter et être payés sur la dite succession jusqu'à concurrence de leur dû... »

C'est évidemment une sorte d'action oblique, mais ce n'est pas l'action oblique elle-même, en effet, la coutume maintient la nécessité d'une action juridique préalable comportant subrogation.

Si nous examinons maintenant l'article 345 de la même coutume, nous retrouvons la même caractéristique quant à la subrogation.

Toutefois, Basnage estimait (*Coutume de Normandie*, p. 485), que l'autorisation judiciaire n'était plus à ce moment indispensable.

Bien que cet article ne fasse mention que des créanciers subrogés, il concerne tous les créanciers, soit à titre universel, soit à titre singulier, soit qu'il s'agisse en vertu de cette subrogation naturelle, de l'action que tous les créanciers peuvent exercer sur les biens de leurs débiteurs.

On comprenait fort bien qu'en droit romain, la subrogation judiciaire ait son utilité à cause du rôle obligatoire du magistrat pour constituer un droit de gage au profit des créanciers sur les biens d'un débiteur (Labbé, *op. cit.*, t. X, p. 214-215).

Mais la théorie prend un tout autre caractère dans le droit coutumier : « qui s'oblige oblige le sien ». Par conséquent le droit de gage du créancier qui est à la base de l'action oblique de l'article 1166, va dispenser le dit créancier d'une autorisation judiciaire préalable quelconque.

Aussi Pothier, faisant allusion à cette action, ne s'attarde pas sur son fondement, tant il la considère comme quelque

chose de fréquent et comme tel admis sans difficulté.

C'est par lui que la tradition est venue dans notre Code sous la forme littérale de notre article 1166 ainsi que l'explique Fenet dans son *Traité de travaux préparatoires du Code Civil*, t. II, p. 587.

Le créancier va donc tenir son pouvoir de la loi : le gage, l'article 2073, est l'article fondamental qui fixait l'action oblique.

Il doit, ainsi que le dit Bigot Préamecu (*Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XII, p. 336), d'être admis à agir directement.

Mais, quittons cette digression qui nous a permis de comprendre l'évolution de l'action oblique vers la formule du Code Civil français et reprenons l'article 278, en son entier à propos de la succession.

« Avenant que le débiteur renonce ou ne veuille accepter la succession qui lui est échue, ses créanciers pourront se faire subroger en son lieu et droit pour l'accepter et être payé sur la dite succession jusqu'à la concurrence de leur dû, selon l'ordre de priorité et de postériorité et s'il reflète aucune chose, les dettes payées, il reviendra aux autres héritiers, plus proches, après celui qui a renoncé. »

Chose curieuse, nous ne trouvons rien dans les autres coutumes de France, qui ressemble à cet article.

Cette disposition donnait une solution très juste. Le parlement de Paris l'adopta.

Les jurisconsultes romains admettaient que le créancier ne pouvait se plaindre de ce que son débiteur n'acceptât pas une succession. A Rome, en effet — mettons à part la théorie de l'héritier nécessaire — le successeur devait faire un acte de volonté, l'addition d'hérédité, pour avoir droit à la succession.

Le débiteur ne s'appauvrissait pas. Il négligeait de s'enrichir. Mais les jurisconsultes français comme Dumoulin, qui refusaient l'action oblique des créanciers en soutenant la même thèse, ne pouvaient se baser sur le même motif, l'héritier étant saisi de droit et c'est à tort qu'ils écrivaient que, lorsque le débiteur renonçait d'une façon absolue à une succession, pour en faire bénéficier celui qui était le plus proche héritier après lui, et ne pouvait être l'objet d'aucune récrimination de la part de ses créanciers, il n'avait aucun droit pour empêcher les effets de cette renonciation.

La coutume de Paris était muette sur cette matière. Et pourtant, des cas d'espèce se sont posés en dépit de l'opinion de Dumoulin et son école, résumés dans cette formule « *alia est ratio debitorum qui adquereri volunt, alia earum qui patrimonium dimineant* ». Des arrêts ont été rendus conformément à l'article 278 de la coutume de Normandie, non seulement pour les successions directes mais pour les successions collatérales.

Il faut cependant observer ici que la subrogation n'est possible qu'en faveur de créanciers antérieurs à la renonciation. Il a été décidé par arrêt du 7 juillet 1644 qu'un créancier postérieur à la renonciation ne pouvait demander la subrogation ; il ne saurait en effet se plaindre que la renonciation soit faite à son préjudice, quand même la succession serait en cause jacente, le droit acquis à un autre ne pourra être anéanti par le créancier postérieur.

Ainsi l'action oblique était exercée sous l'ancien régime, et un passage de Doneau découvert par M. Labbé précise cette tradition très tenace. Pothier en parle comme de quelque chose de très connu et communément appliqué

(V. obligation, 440 V. Vente 371, mandat 83, Denisart, *Code de décisions nouvelles*, voir créance).

Cette action est nettement résumée dans le Code Civil par ce simple article venant après l'article 1165, qui posait le principe « res inter alios acta » (Bigot de Préamene, exposé des motifs).

« Néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. »

De cette disposition très simple en apparence, nous allons voir comment nous pouvons dégager la théorie assez compliquée de l'action oblique.

A partir du moment où une personne s'oblige vis-à-vis d'une autre, tout son patrimoine constitue une sécurité générale de tous ses créanciers. Cette constatation dérive de l'article 1949 du code italien qui permet aux créanciers de poursuivre toute exécution sur le dit patrimoine afin de leur permettre de rentrer dans leur dû.

Le débiteur ne peut rien contre ce droit puisqu'il dérive d'une créance à laquelle le débiteur a volontairement souscrit ; les modalités de son exercice lui échappent. L'une de ces modalités est la faculté donnée au créancier d'un débiteur négligent ou inactif d'exercer les droits propres du débiteur puisque ces droits tendent à la défense du patrimoine du débiteur, gage général de tous les créanciers. Le résultat à obtenir peut amener ou le paiement intégral et rapide de la créance ou la simple conservation des biens afin d'obtenir le règlement sur ces mêmes biens quand viendra l'époque où l'obligation sera remplie.

L'exercice de l'action subrogatoire revêt bien vis-à-vis du débiteur la forme d'une véritable exécution mais il n'en est pas de même vis-à-vis du débiteur de ce premier débiteur.

C'est exactement la même chose que dans le cas de la saisie-arrêt.

Le texte d'ailleurs est tout à fait laconique :

Que dit l'article 1234 du même Code : les créanciers peuvent pour le recouvrement de ce qui leur est dû exercer tous les droits et toutes les actions du débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Les théoriciens italiens sont divisés quant aux conséquences dérivant de ce principe. Les uns prétendent que cette faculté n'a qu'un but simplement conservatoire, elle éviterait l'appauvrissement du patrimoine ; là se bornerait le droit du créancier.

D'autres recherchent l'interprétation du texte dans la tradition historique que nous avons examinée, ils s'appuient sur le « *pignus ne causa indicata captum* » du droit romain, de ce chef la conséquence de l'exercice révélera forcément un caractère exécutif.

C'est une mise à l'exécution immédiate du droit des créanciers puisqu'il ne s'agit pas de faire rentrer ce qui est dû au débiteur dans son patrimoine mais à recouvrer directement la créance par une véritable appropriation des biens, c'est une voie d'exécution.

En fait une évolution très intéressante se manifeste dans ce domaine.

Le projet de réforme précise dans son article 106 que l'exercice des actions ne vise pas seulement les créances échues mais également les créances à terme pour lesquelles il ne peut être question d'appliquer la deuxième interprétation du caractère exécutif de l'action. L'exercice de l'action est toutefois interdit pour des créances conditionnelles.

Mais cette nouvelle orientation de la législation italienne

n'enlève pas à l'action oblique la double fonction qu'elle a dans le droit italien ; mesure conservatoire, mesure d'exécution, peu importe ; devons-nous en conclure que l'action subrogatoire est un moyen excellent pour vaincre l'inaction du débiteur qui pour des motifs personnels lèse non seulement ses propres intérêts mais ceux de son créancier. Par l'action subrogatoire le créancier se substitue à lui ; il s'agit, d'après les auteurs italiens, comme représentant « *nomine debitoris* », exerçant bien les droits et actions qui appartiennent au débiteur mais dans son intérêt propre (*Instituzioni de Diritto Civile di Roberto de Ruggiero*, vol. III, p. 157 et suivantes et *Diritto Civile de Ricci*, vol. VI, p. 298, l'*Institution de droit civil italien*, Pacifici Mazzioni, vol. V, p. 191 et suivantes et l'arrêt de 1888 précité).

De ces théories, nous devons tirer cette conclusion : c'est qu'en droit privé italien comme en droit privé français (et en droit privé égyptien) le principe de l'action oblique, dite subrogatoire, dérive du principe du gage général du créancier sur le patrimoine du débiteur.

Nous n'insisterons donc pas davantage sur la base du principe théorique et nous abordons maintenant la suite de nos explications en étudiant dans quelques mots la nature de l'action.

Quelle est la nature de l'action oblique ? Nous pouvons dire avec MM. Planiol et Ripert (*Traité*, t. VII) que l'action oblique n'est pas une mesure conservatoire, ni une mesure d'exécution, et, en réalité, elle demeure en dehors des classifications habituelles, elle a toujours ses caractères propres :

« L'action oblique, écrivent-ils, n'est pas une mesure

conservatoire, car elle ne se borne pas à assurer le maintien de l'état de choses existant dans le patrimoine du débiteur. Elle comporte l'exercice d'un droit et d'une action inutilisés jusqu'alors. Elle supplée à l'absence de saisie, applicable aux actions en justice. Mais elle n'est pas non plus une mesure d'exécution. Le créancier sans doute, lorsqu'il y a recours se propose une saisie ultérieure ; s'il fait entrer dans le patrimoine de son débiteur des valeurs que celui-ci négligeait de récupérer, c'est dans le but de les utiliser ensuite pour son propre paiement... »

« En réalité l'action oblique demeure en dehors des classifications habituelles. »

Après avoir analysé la notion et le fondement du droit reconnu au créancier, nous examinerons quels sont les droits que les créanciers peuvent exercer, puis les conditions requises pour l'exercice de l'action.

Nous pourrions terminer en étudiant quelles sont les exceptions qui sont généralement soulevées et quels sont les effets de la décision obtenue vis-à-vis du créancier du débiteur et des autres créanciers.

CHAPITRE II

DROITS ATTACHÉS A LA PERSONNE

La simple juxtaposition des articles qui donnent au créancier dans les droits français, italien et égyptien, l'action oblique, nous fait constater la grande ressemblance dans leurs termes. Et quant à l'exception que chacun d'eux oppose à l'action des créanciers, elle est exprimée d'une façon identique dans les trois Codes.

Article 1166, Code Civil français : « (Néanmoins) les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. »

Article 202, Code égyptien mixte et article 141 Code égyptien national : « Les conventions ne peuvent profiter aux tiers, si ce n'est aux créanciers du contractant qui peuvent, en vertu du droit général qu'ils ont sur les biens de leur débiteur, exercer au nom de ce débiteur les actions qui résultent pour lui des contrats ou de toute autre source d'obligations, sauf les actions exclusivement attachées à la personne. »

Article 1234, Code Civil italien : « Les créanciers peuvent pour le recouvrement de ce qui leur est dû exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. »

Ces textes qui autorisent les créanciers à exercer les

droits et actions de leur débiteur à ses lieu et place, établissent donc tous une limite à l'activité des créanciers. Mais que faut-il entendre par l'expression, droits et actions exclusivement attachés à la personne ? Hâtons-nous de dire que dans les trois pays, la doctrine, et surtout la jurisprudence, s'accordent à lui donner une interprétation similaire.

Examinons donc d'abord le point de vue doctrinal sur la question, nous verrons ensuite les diverses applications qu'en fait la jurisprudence.

SECTION I. — La doctrine.

En France nous rencontrons une assez grande diversité d'opinions. Tout en étant d'accord sur certains droits et actions qui constituent ceux qui sont exclusivement attachés à la personne, les auteurs ne s'entendent pas au sujet du critérium à établir et qui eût permis de les distinguer des autres droits.

Ainsi pour Merlin ce sont là des droits intransmissibles et inaccessibles (Questions de droit, Hypothèque all., n° 4).

Demolombe, lui, ne cherche pas à donner une formule générale : il suffirait d'étudier chaque cas d'espèce.

De même pour Larombière. Il procède par simples indications, ce qui rend difficile la discrimination des cas d'espèce.

Pour Huc (t. VII, n° 205 et suiv.) sont exclusivement attachés à la personne les droits patrimoniaux déclarés insaisissables et ceux qui s'y rattachent.

Demante et Comet de Santerre (t. V, n° 81 *bis*, al. VIII) excluent de l'exercice de l'article 1166 les droits ne présentant aucun intérêt pécuniaire et les droits déclarés insaisissables par la loi.

D'après Aubry et Rau (t. IV, al. 312, p. 123, texte et note), les droits attachés à la personne sont ceux qui ne peuvent être exercés que par leur titulaire lui-même ou qui, du moins, ne peuvent pas être exercés contre sa volonté par une autre personne.

Laurent offre une définition assez étroite : ce sont là les droits à caractère essentiellement moral. Mais que décider lorsqu'à l'élément moral se mêle un intérêt pécuniaire ?

Baudry-Lacantinerie, à l'opinion duquel nous nous rangeons volontiers, ne s'occupe pas des droits du point de vue de leur objet, il cherche plutôt à dégager leur fondement, leur source, afin de déterminer leur nature.

Colin et Capitant (p. 45, t. II) énumèrent les droits attachés à la personne sans donner aucun critérium.

Pour M. Demogue (Tr., t. VII), les droits attachés à la personne sont les droits ayant un fondement moral.

Planiol (Tr., t. VII) ne donne aucun critérium, il dit : « ... elle (la loi) ne fournit pas le moyen de les reconnaître » le texte donne le résultat de la distinction à faire et non son critérium. Le raisonnement et la tradition suppléent ici au silence de la loi. »

En Égypte, d'après le professeur El Sinhouri, professeur à la Faculté de droit du Caire, dans son livre *Les obligations* (p. 760) les droits attachés à la personne sont ceux qui ne peuvent pas donner aucune garantie pour le créancier de recouvrer sa créance.

En Italie nous y rencontrons les mêmes errements que dans la doctrine française.

La formule courante exclut de l'exercice de l'action oblique tous les droits qui n'ont pas une valeur pécuniaire à l'heure actuelle, de même que ceux qui, en vertu d'une disposition expresse de la loi, vu leur nature ou

leur but, ne peuvent être exercés que par leur titulaire.

Nous pouvons voir ce que sont ces dispositions légales expresses. Ainsi d'après les termes de l'article 1193 Code Civil italien, le débiteur solidaire ne peut pas opposer au créancier les exceptions qui sont personnelles à ses codébiteurs.

L'article 1107 du même Code nous fournit un autre exemple : Celui qui est capable de s'obliger ne peut pas invoquer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée non autorisée avec lesquels il aura contracté ; sens les incapables peuvent s'en prévaloir.

Et il en est de même pour les droits établis dans les articles 1899 et 1927 Code Civil italien.

Mais peut-on affirmer que l'on est ici en présence des droits exclusivement attachés à la personne dans le sens de l'article 1234 Code Civil italien ?

M. Ricci (*op. cit.*) ne le croit pas. Si l'expression de l'article 1234 se rapportait à ces dispositions légales, l'expression exclusivement constituerait un pléonasme. Pour lui donner un sens il faut, au contraire, admettre que le législateur l'a employé pour distinguer les droits, dont il s'agit dans l'article 1234, de ceux qui sont établis par des textes spéciaux.

D'ailleurs, ces droits personnels à leur titulaire ne peuvent pas être considérés comme des droits attachés à sa personne. Le législateur voulait par là simplement accorder un droit spécial à une des parties au contrat, à l'exclusion de l'autre. Mais ces droits sont transmissibles, et il n'y a aucun obstacle juridique à ce que les créanciers du titulaire de ces droits, autres que son contractant, les exerce à son lieu et place, afin de conserver leur gage.

À côté de cette définition courante, dont nous venons de parler, il existe dans la formule italienne une autre, qui

est à notre avis plus exacte. Elle émane du professeur de Ruggiero (*op. cit.*) : « En sont exclus les droits extra-patrimoniaux et, parmi les droits patrimoniaux, ceux qui sont insaisissables ou ceux dont l'exercice a pour effet d'évaluer un intérêt moral.

SECTION II. — La Jurisprudence.

Si nous passons à l'analyse de l'application des textes faite par la jurisprudence des trois pays, nous trouverons plusieurs groupes de droits et actions qui sont considérés comme étant exclusivement attachés à la personne et dont l'exercice est refusé aux créanciers de leur titulaire.

Notons d'abord que l'exercice de l'action paulienne est une faculté dont les créanciers sont libres de ne pas user. Nous voulons dire que l'on ne saurait reprocher à un créancier de n'avoir pas eu recours à l'article 1166. En doctrine, Aubry et Rau et Baudry-Lacantinerie ont soutenu cette manière de voir, confirmée par un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 26 juin 1912 dans une espèce intéressante : Une demoiselle, dans le legs d'un immeuble à une congrégation avait stipulé qu'il devrait être servi à l'hospice de Tarare une rente annuelle pour l'entretien d'un lit destiné à recevoir un malade, homme ou femme de la commune de Saint-Forgeux. Le tribunal de Villefranche refusa de prononcer la caducité de ces dispositions, malgré le refus des dames du Calvaire d'accepter le legs. Sur appel, la Cour de Lyon confirma le jugement, mais autorisa l'hospice à donner mainlevée de l'hypothèque conservatoire qui avait été prise. Une nouvelle inscription, prise par la commune de Saint-Forgeux fut annulée.

L'hospice de Tarare accepta la fondation, mais par suite

de la mainlevée de l'hypothèque, l'immeuble affecté à la garantie de la rente fut vendu, et une saisie-arrêt pratiquée par la Commission administrative de l'hospice entre les mains de l'acheteur ne donna aucun résultat, le prix ayant été payé quarante-huit heures auparavant.

La Cour de Lyon, par arrêt du 30 juin 1908 déclara recevable et bien-fondée l'action de la commune de Saint-Forgeux contre l'hospice, et la Cour Suprême, en rejetant le pourvoi a repoussé le moyen soulevé par la Commission administrative sur la faute commise par la commune, qui avait négligé de prendre elle-même, en vertu de l'article 1166 toutes les mesures nécessaires pour en assurer l'exécution : « Attendu que si cet article donne au créancier le pouvoir d'exercer tous les droits et actions de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne, il ne lui en impose pas l'obligation. »

Ainsi le créancier apprécie les moyens qui lui paraissent le plus convenable pour défendre ses droits, mais il ne commet aucune faute, à l'égard de son débiteur, en s'abstenant d'exercer les actions que ce dernier possède. Une solution différente aurait d'ailleurs pour résultat d'inciter les créanciers à user plus largement de l'action oblique et si nous sommes partisans convaincus de ce droit, il n'est pas opportun, à notre avis, de ne pas laisser au créancier le plus grand choix pour recouvrer sa créance.

Étudions maintenant les décisions jurisprudentielles concernant les actions que le créancier sera habilité à exercer, devant la carence de celui qui lui doit.

a) *Droits extra-patrimoniaux.*

Les droits extra-patrimoniaux entrent certainement dans cette catégorie, car ils tendent à un but autre que de

faire entrer une valeur dans le patrimoine du débiteur. Le caractère moral de ces droits et actions l'emportera toujours sur l'intérêt pécuniaire qu'ils peuvent présenter dans certains cas. Ainsi les créanciers ne pourraient intenter, au nom de leur débiteur, les actions concernant :

L'état des personnes, le désaveu de paternité (sauf si cette action est aux mains des héritiers du mari, car alors elle prend un caractère nettement pécuniaire).

L'action en réclamation d'état, le divorce, la séparation de corps ou les nullités du mariage (Cass. Civ., 30 juillet 1900). Pourtant pour ce dernier cas, les créanciers auraient le droit d'intenter l'action à la place de leur débiteur, lorsqu'il existe une cause de nullité absolue et lorsque le débiteur aura un intérêt né et actuel à l'exercer (art. 187, C. C. fr.), la reconnaissance d'un enfant naturel, la tutelle, etc... (art. 104, C. C. it.) l'exercice de la puissance paternelle, comme : le droit de correction, le consentement au mariage, le droit d'émanciper l'enfant ou le droit d'administration légale (Pau, 13 mai 1888, D. 88. 2. 283).

b) *Droits patrimoniaux.*

Même parmi les droits à caractère pécuniaire, il y en a un bon nombre qui échappe à l'action des créanciers car l'exercice de ces droits n'augmenterait point leur gage général. Ce sont là les droits attachés à la personne du débiteur par excellence, car ils sont intransmissibles et disparaissent avec la personne de leur titulaire. En font partie les droits insaisissables et incessibles (Cour de Grenoble, 30 décembre 1896) : les pensions alimentaires, légales ou judiciaires ou attribuées par donation ou legs (art. 192 c. pr. Code italien, loi du 14 avril 1864 et art. 16

de la loi italienne du 31 janvier 1904 sur les accidents du travail) (droit français : Cass. Civ., 5 août 1878, D. P. 79, 1.75), la rente viagère constituée gracieusement au profit du débiteur avec clause d'insaisissabilité (art. 1800, C. C. it.) (Bordeaux, avril 1850), le préciput légal dû à la veuve (art. 1495 et 1570, C. C. fr., art. 1415 C. C. it.), la jouissance légale des pères ou mères (art. 384), le droit d'usage et d'habitation. En Égypte on trouve encore un droit strictement personnel à son titulaire : un créancier hypothécaire ne peut pas requérir l'inscription au Taklif au nom de son débiteur (12 mars 1913, B. XXIV, p. 211 ; 20 décembre 1899, B. 12, 47).

c) *Droits à caractère moral.*

D'autres droits patrimoniaux échappent à l'action des débiteurs, car s'ils revêtissent un caractère nettement moral : le droit pour la femme de demander la séparation de biens (art. 1446, C. C. fr.), l'acceptation d'une donation, le compromis, la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude et cela alors même que ce droit se trouve aux mains des héritiers du débiteur. Il en est de même du retrait successoral ; tous sont d'accord pour lui attribuer un intérêt strictement moral. Citons encore les actions dérivant du mandat ou du dépôt, car ces contrats sont fondés en effet sur l'intuitus persone. Pour le mandat, Bordeaux, 12 août 1831.

Cependant il existe un cas où les créanciers du mandataire peuvent agir à sa place : celui de l'héritier bénéficiaire. Bien que mandataire des créanciers de la succession, il est en même temps propriétaire des biens héréditaires et à ce dernier titre il peut s'il reste inactif se voir subrogé dans l'exercice des actions par ses créanciers

personnels (Paris, 19 mai 1850). Entre encore dans cette catégorie le droit que la doctrine et la jurisprudence accorde à l'officier ministériel de présenter son successeur (Cass. Civ., 23 mai 1854, S. 54.1.36, D. D. 54 1.170 avec les conclusions du procureur général Royer et du conseiller Laborie).

d) *Droits à caractère mixte (moral et pécuniaire).*

Si les droits des actions précédemment examinés sont nettement exclus de l'exercice de l'action oblique, nombreux sont ceux qui peuvent faire hésiter et c'est selon l'intérêt (moral ou pécuniaire) qui l'emportera qu'ils rencontreront ou non dans le domaine de cette application de l'action.

C'est ici que nous rencontrerons plusieurs cas controversés. Prenons l'exemple de l'action en annulation du contrat pour cause d'erreur, de violence ou de dol. De premier abord, il semble qu'il s'agisse là d'un intérêt essentiellement moral d'une punition pour celui qui a induit l'autre partie en erreur, ou a commis à son égard un vol ou une violence, la victime ayant ainsi droit à une réparation qui consisterait dans l'annulation du contrat passé ? Cependant cette réparation présente un caractère pécuniaire, elle aura une répercussion sur le patrimoine de la victime. Aussi la grande majorité des auteurs sont-ils d'accord pour accorder dans ce cas aux créanciers de la victime l'exercice de l'action oblique. Seul Toullier ne partage pas cette opinion. Quant à la jurisprudence elle reste incertaine (Nîmes, 5 juillet 1848).

De même pour l'action en nullité pour cause d'incapacité, la jurisprudence autorise les créanciers à invoquer cette exception personnelle à leur débiteur. Pour l'incapacité

en général : Cass. Civ., 10 mai 1853, D. P. 53 I. 16. Rouen, 9 janvier 1838. Pour le mineur : Cass. Civ., 25 avril 1813. Paris, novembre 1887.

Mais il faut se garder de généraliser ce dernier droit accordé aux créanciers. C'est ainsi que les créanciers du mari ne peuvent pas exercer à sa place l'action en nullité contre celui qui a contracté avec la femme mariée non autorisée, ce droit n'appartient qu'aux créanciers de la femme contractante.

Pour ce qui est de l'incapacité ou de l'indignité de succéder (cas prévu par l'article 727, C. C. fr.) pouvant être invoquée par toute personne intéressée, sa source est certainement plutôt d'ordre pécuniaire que moral. Les créanciers seront admis à l'invoquer à la place de leur débiteur.

Les créanciers de l'héritier peuvent-ils se prévaloir de l'action oblique pour exercer les actions héréditaires avant que l'héritier n'ait exercé son droit d'option ? Laurent leur refuse ce droit, car, dit-il, si l'héritier renonce, le droit d'exercer ces actions leur échappe. Mais cette opinion ne nous paraît pas justifiée : les droits et actions successoraux passent dans le patrimoine de l'héritier avant que l'héritier ait pris une décision ; son inaction confère donc à ses créanciers le droit d'agir par l'action oblique.

La question se pose autrement dans le cas du legs. Bien que l'intérêt pécuniaire y paraisse être primordial c'est pourtant de l'option qu'exercera le légataire que dépendra le sort du legs. Dans le parti à prendre le légataire peut, en effet, mû par des considérations d'ordre essentiellement personnel, moral. Aussi un grand nombre d'auteurs se prononce contre l'application de l'action oblique. Pour la jurisprudence, voir Toulouse, 16 janvier 1853 ; Nancy, 11 juin 1887.

Quant à la stipulation pour autrui, la solution n'est pas douteuse, elle échappe à l'application de l'action oblique. En effet cette action permet bien aux créanciers d'exercer les droits de leur débiteur, mais elle ne leur confère nullement le droit de faire naître, à ses lieu et place, un droit nouveau à son profit. (Décision de principe. Trib. Civ. de Quimper, 2 mai 1893, assurance sur la vie. Le jugement procède par analogie avec l'acceptation d'une donation.)

L'exercice de l'action en dommages-intérêts en cas de délit pose un problème pratique très important. Les créanciers de la victime auront-ils le droit de l'exercer à la place de leur débiteur, comme tendant à des résultats pécuniaires, ou bien verront-ils se refuser ce droit, comme fondé sur la réparation d'un dommage et dès lors exclusivement attaché à la personne de la victime ? Demolombe (XXV, n° 82) déclare l'intervention des créanciers absolument inacceptable : « Comment, il dépendrait de mes créanciers de me mettre en scène malgré moi de la sorte et de m'engager dans les débats publics d'un procès dont toutes les convenances de famille et de société me commandent d'éviter l'éclat ? Cela ne saurait être. Ma personne, ni ma réputation, ni mon honneur ne sont en gage. » A l'exception de Huc les auteurs partagent cette opinion. Même solution de la jurisprudence, et cela dans les trois pays en question (Bastia, 15 mars 1856 ; Lyon, 7 juin 1864 ; Seine, 9 janvier 1882). Voir pour la controverse doctrinale en Italie : Giorgi-Paccifici Mazzioni).

Cependant le débiteur ne doit pas déjà avoir intenté l'action, car alors elle acquiert le caractère purement patrimonial et l'action oblique pourrait du même coup s'y appliquer (Seine, 9 janvier 1899).

Cette dernière décision nous paraît devoir être rapportée.

Il s'agissait d'une action intentée par un syndic de faillite contre l'auteur d'un accident dont le failli décéda. La solution donnée a été fortement critiquée pour diverses raisons, mais le point essentiel qui est le droit des créanciers d'une victime contre l'auteur du délit a été discuté lui-même en théorie. Les divergences se manifestent parce qu'il y a eu décès. L'action, intentée par la victime aurait pu être suivie par ses créanciers. Voici les principaux considérants du jugement. Le tribunal, sur la recevabilité de la demande principale : Attendu que Boutin est décédé le vingt-troisième jour qui a suivi l'accident sans avoir formé l'action dérivant des articles 1382 et suivants qui pouvait lui appartenir; Attendu qu'en raison de la nature de cette action, nul autre que lui, de son vivant, n'en aurait pu avoir l'exercice; que notamment ses créanciers n'auraient pu l'exercer à son défaut ou contre sa volonté, dans les termes de l'article 1166...; Attendu que l'action en dommages-intérêts pour la réparation d'un délit ou d'un quasi-délit commis contre les personnes rentre nécessairement dans l'exception formulée; que par cela même, il appartient à la partie lésée d'en remettre ou d'en poursuivre la réparation, il s'ensuit que l'action en dommages-intérêts est subordonnée à sa volonté... que les articles 1166 et 1167 trouveraient par contre leur application, s'il s'agissait de dommages contre les biens ; qu'en ce cas il ne peut dépendre de la volonté du débiteur de paralyser, au détriment de ses créanciers, l'exercice d'une action qui tend à augmenter ou à paralyser leur gage et qui doit leur profiter par une conséquence légale des obligations conventionnelles ou autres existant entre eux et leurs débiteurs...

On est d'accord d'étendre aussi l'action oblique, à l'action tendant d'obtenir du tiers une obligation souscrite

par le débiteur (App. Bolsma, 21 avril 1867 ; Jur. Turin, 1847, 477), à l'action en nullité des actes passés par le débiteur sans respecter les formes légales ou alors que leur annulation est prescrite par les règles de procédure (Cass. Turin, 10 avril 1892 ; Cour Supr., 1892, 108) notamment en ce qui concerne le mineur (Cass. Rome, 11 avril 1892 ; Cass. Naples, 3 septembre 1898), aux actes dérivant de l'autorité maritale (App. Florence, 17 juin 1903 ; *Annali* 1893, 361), aux demandes en réduction des dispositions testamentaires (App. Gênes, 2 avril 1889, 307 ; App. Florence, 7 juillet 1902, 392 ; *Annali* 1902, App. Naples, 30 juillet 1888 ; Fore it. 1888, I, 107) et des donations (Cass. Naples, 22 décembre 1896 ; *Gazz. Proc.*, XXL, 399), à l'exercice du droit de rachat appartenant au débiteur (App. Palerme, 3 décembre 1888 ; Foro it., 1889, I, 359 ; Cass. Turin, 11 juin 1897, *Gazz. Gui. it.*, 1897, 197) et cela alors même que le créancier aurait une hypothèque sur l'immeuble faisant l'objet du rachat (App. Palerme, 3 décembre 1888), aux actions en garantie de dette, en réduction d'une pension alimentaire due par le mari à la femme (App. Milan, 17 mars 1894 ; Foro it., 1894, I, 927 et App. Gênes, 1^{er} septembre 1893, Gui., 1893, 317, la décision reste d'ailleurs discutable), au droit concernant la vente judiciaire des biens du débiteur et leurs locations, à l'action en simulation (App. Venise, 17 février 1898 ; App. Bologne, 21 avril 1891 ; Gui. Bol., 1891, 140).

Même solution en ce qui concerne le droit de relever l'appel d'une décision, l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent, l'envoi en possession définitive, le droit de demander la nullité au nom de la femme mariée, d'invoquer son hypothèque et le droit d'exercer l'option pour la femme commune en biens (Cass. Turin, 5 décembre 1893 ;

Foro It., 1894, I, 666, suivi de commentaires). Il en est de même pour les autres pays.

e) *Les droits et actions fondés sur un intérêt purement pécuniaire.*

C'est à eux que s'applique pleinement les dispositions légales conférant aux créanciers le droit de les exercer par l'action oblique. Ces droits et actions sont multiples et variés et ne peuvent faire l'objet d'une énumération. Citons à titre d'exemple : le droit pour les créanciers d'exercer les reprises de la femme, leur débitrice (Bruxelles, 23 mars 1850), l'action en partage des créances appartenant par indivis au débiteur (Civ. Cass., 30 mai 1877), le droit de surenchérir sur un immeuble sur lequel le débiteur aura une hypothèque (Arr. de rejet, Cass. Civ., 13 janvier 1873), l'exercice des droits du débiteur dans une faillite (Douai, 6 mars 1891), enfin le droit de demander la réduction d'une pension due par les héritiers de l'époux décédé à l'époux survivant par application de l'article 301 (Cass. Civ., 10 mars 1903, D. P. 1903, I, 593).

CHAPITRE III

CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION OBLIQUE

La loi n'en a prévu aucune. Néanmoins la nature même de l'action oblique impose certaines conditions indispensables à son exercice normal.

A. — CONDITIONS DE FOND

a) *Les créanciers qui peuvent se prévaloir de l'action oblique.*

L'action oblique a pour objet, comme nous le savons, d'éviter que les créanciers soient lésés par l'inaction du débiteur, car ils ont un droit de gage général sur le patrimoine. L'actif de celui-ci doit être complet. Aussi, point n'est-il besoin que la créance soit née avant le droit ou l'action à exercer. Tous les créanciers, tant antérieurs que postérieurs, peuvent s'en prévaloir. Dans les trois pays en question, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point ; voir Cass. Civ., 4 juillet 1854 ; Limoges, 13 février 1828 ; Cass. Rome, 30 décembre 1905 ; Juir It., 1906, I, I, 5-6. Mais l'action oblique doit-elle être accordée aux créanciers déjà munis d'une sûreté spéciale (hypothèque, nantissement, gage particulier, etc...) ? Ils se trouvent déjà dans une situation privilégiée par rapport aux créanciers chirographaires, et la garantie qu'ils possèdent diminue d'autant le gage général des créanciers qui n'ont

pas pu ou su obtenir de leur débiteur une garantie particulière. Mais ni la doctrine (Giorgi, *op. cit.*, II, 253), ni la jurisprudence, dans les rares litiges où elle ait eu à se prononcer sur ce sujet, n'établit aucune différence entre les divers créanciers au point de vue de l'exercice de l'action oblique. Ils ont donc le choix entre deux sortes d'actions : celle qui leur est personnelle et celle qu'ils peuvent exercer du chef de leur débiteur (Cass. 25 janvier 1865 ; Dument, 5, 65, 131 ; D. 65, I, 162). Il en est ainsi notamment en matière de séparation des patrimoines (Cass., 30 mai 1877) ? Dans un cas particulier le droit pour le créancier d'exercer l'action oblique paraissait douteux. Il s'agit de l'action du mandant contre le substitué du mandataire. Le Code Civil français, dans son article 1994, alinéa, 2, s'exprime ainsi : « Dans tous les cas le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. » Le mandant est-il fondé à invoquer le bénéfice de l'action oblique, pour agir contre le substitué au lieu et place du mandataire ? La jurisprudence, d'accord sur ce point avec la doctrine, se prononce pour l'affirmative (Cass. Civ., 23 juin 1903 ; S., 1904, I, 289, note de M. Albert Tissier). Le mandant peut avoir intérêt à exercer cette action lorsqu'il éprouve des difficultés à démontrer en justice qu'il y a eu substitution, l'article 1994 étant alors applicable (Paris, 4 août 1896, D. 97, 2, 12).

Les créanciers doivent avoir un intérêt pour agir. C'est là d'ailleurs un principe général du droit : pas d'intérêt, pas d'action. Cet intérêt doit être constaté, car l'action ayant un but vexatoire, ou qui est inutile pour celui qui l'exerce, est à rejeter (Douai, 12 novembre 1852 et Cass. Civ., 24 juillet 1854 ; 10 janvier 1885).

Ainsi le créancier est considéré comme ayant intérêt à

agir lorsque le débiteur est insolvable. En Italie, l'insolvabilité du débiteur peut être constatée par tous les moyens et sans que l'on ait besoin de recourir aux poursuites semblables à celles qui, en France, aboutissent au procès-verbal de carence. Mais l'action oblique serait refusée, d'après M. de Ruggiere toutes les fois que le débiteur présenterait un aspect de solvabilité pleine et entière,

Pour avoir un intérêt, le créancier doit prouver que le débiteur a refusé ou négligé d'agir par lui-même. Si le débiteur a renoncé à l'exercice de son droit, le créancier ne peut agir en vertu de l'action oblique qu'après avoir fait annuler cette renonciation, comme constituant une atteinte à ses droits.

Mais l'attitude passive du débiteur ne confère pas *ipso facto* à ses créanciers le droit d'agir à sa place. M. de Ruggiere (*op. cit.*, p. 157) s'exprime ainsi : « l'intensité de l'inaction maligne ou négligente doit être appréciée ; cette inaction doit présenter une certaine gravité en tant qu'elle menace de compromettre sérieusement les droits du créancier... Et l'auteur précise que le créancier ne peut être admis à se saisir d'une façon arbitraire et intempestive du plus léger retard que le débiteur apporterait dans la sauvegarde des éléments de son patrimoine.

La jurisprudence française s'avère très stricte pour la preuve de l'inaction de la partie du débiteur. Ainsi, un créancier s'est trouvé débouté de sa demande en partage de la succession échue à son débiteur, pour ce motif que le délai pour faire inventaire et pour délibérer n'était pas encore expiré et que l'on ne peut contraindre le débiteur à prendre parti, alors qu'il se trouve encore dans le délai légal (C. d'Appel d'Agen, 25 janvier 1896). L'action du créancier serait encore irrecevable si le débiteur procède

à un partage régulier avec ses cohéritiers (Cass., 10 janvier 1815 ; Bruxelles, 12 avril 1864 ; Cass., 14 avril 1886 ; Grenoble, 7 mars 1889). Par contre, le créancier peut exercer l'action en partage alors que l'inertie de l'héritier — son débiteur — est prouvée (Bordeaux, 23 mai 1893). Il pourrait reprendre l'action que son débiteur a engagée devant un tribunal incompétent (Cass., 29 juillet 1867), et notamment par la voie de saisie-arrêt, de même que l'action abandonnée par son débiteur (Grenoble, 30 décembre 1896). Cet arrêt était rendu dans une espèce particulièrement délicate. La débitrice avait pris l'initiative d'une instance, elle n'était pas restée inactive. Cependant après avoir suivi la procédure de saisie immobilière, elle l'avait abandonnée, lassée, de cette action et n'avait pas continué la réalisation du bien immobilier de son débiteur. Les créanciers pouvaient-ils prétendre que M^{me} de Miramon Vaulchier était défailante ? — Et d'autre part, les créanciers avaient-ils qualité à invoquer les articles 720 et 712 du Code de procédure civile qui prévoit la subrogation ? La solution donnée par la Cour dans les attendus ci-dessous nous paraît irréprochable :

« En ce qui concerne la fin de non recevoir opposée à l'action exercée en vertu de l'article 1166 du Code Civil, « Attendu que l'article dont se prévalent les appelants seraient évidemment inapplicable, si les droits mis par eux en mouvement au nom de leur débitrice étaient exclusivement personnels à cette dernière... qu'il n'est pas douteux que les créanciers ont pu reprendre l'exercice de leurs droits dès que la dite dame est demeurée dans l'inaction, ce qui s'est produit dans l'espèce, que dès lors, soit qu'on considère les appelants d'après les qualités primitivement prises comme intervenants pour surveiller leurs droits sans

sortir d'une attitude passive, soit qu'on les considère comme se substituant à leur débitrice au cours de la poursuite pour exercer l'action subrogatoire de l'article 1166 et s'en appliquer le bénéfice, la fin de non recevoir invoquée ne saurait être accueillie à aucun point de vue. » La Cour reconnaît expressément que la dame de Miramon-Vaulchier s'est entendue avec la partie civile pour arrêter la procédure en expropriation et que c'est là un des cas prévus par la loi et dont il lui appartient de constater l'existence à l'appui de l'action en subrogation des appelants.

Les créanciers ont le droit d'intervenir dans les procès engagés par leurs débiteurs (Orléans, 6 août 1882). Cette intervention est recevable même devant la juridiction administrative. Le Conseil d'État avait décidé le 10 février 1857 que les créanciers d'un entrepreneur de travaux publics ne pouvaient être admis à intervenir dans une contestation pendante entre le dit entrepreneur et l'administration pour le règlement du décompte de l'entreprise. Cette solution maintenue le 21 mai 1890 a été abandonnée. Des arrêts des 12 novembre 1897 et 23 février 1906 ont admis, comme l'indique Dalloz que les créanciers des parties ont le droit d'intervenir par le double motif qu'ils ont intérêt à venir suppléer les moyens et les pièces qui auraient été négligés par leurs débiteurs.

La jurisprudence italienne exige, elle aussi, la preuve de la négligence du débiteur. Ainsi, le créancier ne sera fondé à intenter l'action dite subrogatoire contre le débiteur de son débiteur, alors que ce dernier a déjà engagé les poursuites. De même, le créancier ne peut pas se joindre à son débiteur dans l'action que celui-ci a engagée contre son propre débiteur (Cass., Rome, 28 novembre 1902. Giro-

lama c. Pantunelli, Guir, it., 1903, I, 23). Pourtant, rien n'empêche le créancier d'intervenir dans l'action engagée par son débiteur alors qu'il peut craindre une fraude de sa part, et l'intervention du créancier est autrement importante ici qu'un simple droit de contrôle. En effet, le créancier pourrait, de cette façon, mettre à jour une simulation à son égard de la part du débiteur. Et la jurisprudence lui reconnaît ce droit d'intervenir au procès ; notamment, dans les instances de distributions par contribution, dans toutes les procédures qui aboutissent à la répartition de deniers (App. Gênes, 29 mars 1895. Sivori c. Fabbricotti. Temi Genovese, 1895, 271), dans les incidents concernant la faillite du débiteur de leur débiteur (Art. 516, C. C. It. ; Cass. Palerme, 20 septembre 1880, Avarta c. Bandodi Gui, 1881, 81), etc. Mais cette intervention des créanciers ne doit jamais retarder l'instance principale alors qu'elle doit être incessamment jugée, et la jurisprudence applique cette idée surtout pour ce qui est de la procédure de la distribution judiciaire (Art. 204, C. Pr. Civ. It.)

Si le procès, après avoir été intenté par la voie de l'action oblique, est repris sur la même question de droit par le débiteur lui-même, le défendeur aux deux procès aurait le droit d'opposer la litispendance au créancier ayant engagé la première instance. Cette décision jurisprudentielle part de ce principe que le créancier qui exerce l'action subrogatoire est un procureur *in rem suam*, suivant la tradition à laquelle nous avons fait allusion. L'action oblique serait refusée aussi lorsque son exercice ne ferait en rien profiter le patrimoine du débiteur (Cass. Turin, 11 juin 1897. Clerico c. Barberis. Gazz. Guir. It., 1897, 197). L'action subrogatoire ne sera pas recevable lorsqu'elle tend à annuler les actes accomplis par la femme sans avoir observé les

formes proscrites. Par contre elle serait admise pour « l'action compétente du mari afin de faire déclarer la nullité de l'aliénation d'un bien dotal (Piela Incapacita della donna maritata, n° 121, Turin 1907. Bianchi Corso di diritto civile italiane, Turin, 1888, V, 266 ; App. Palerme, 5 mai 1907. Cataletti c. Mirachi, Foro. Siciliane, 1905, 343).

Le droit égyptien pose le même principe que le droit, français : point n'est besoin que la créance soit en péril mais il faut un intérêt sérieux pour être admis à exercer, l'action oblique (C. 6 mars 1895, B., 7, 171 et 26 mai 1895, B., 27, 251). Et la jurisprudence égyptienne refuse au créancier le droit de reprendre par l'action oblique l'instance dans laquelle le débiteur a précédemment succombé (C. 26 décembre 1912, B., 25, 94 ; 11 février 1918, B., 25, 168). En effet, agissant pour le compte du débiteur, il ne peut pas revendiquer par cette voie les droits qui n'ont pas été reconnus à celui-là. De même, on refusera au créancier le droit de poursuivre son action, si son débiteur n'a pas hésité dès le début à se joindre à l'instance entamée par le créancier (arrêt du 16 décembre 1924, B., 37, p. 65 et arrêt du 4 mai 1926, B., 38, 387). Par contre, l'action du créancier est maintenue si le débiteur ne reprend pas pour son compte les poursuites engagées par la voie de l'action oblique. Mais le créancier ne doit pas être cessionnaire de la créance litigieuse (arrêt du 21 juin 1923, B., 35, 518).

b) *Les caractères que doit présenter la créance.*

Le créancier qui veut exercer l'action oblique doit posséder contre son débiteur une créance certaine, c'est-à-dire qui n'est pas subordonnée à la réalisation d'une condition ni aux résultats d'un interrogatoire (Montpellier, mai 1888 ; Toulouse, 2 avril 1900 et surtout Cass. Req., 21 mars 1924 ;

pour la jurisprudence égyptienne, 4 avril 1898, B., 6, 273).

Mais cette créance, doit-elle aussi être exigible ? Pour nous, la réponse affirmative ne fait pas de doute. Car l'exercice de l'action oblique est autrement important que la prise simple d'une mesure conservatoire ; elle tend à réaliser une valeur appartenant au débiteur. Les conditions de son exercice doivent donc être plus sévères. Aussi le caractère d'exigibilité est-il imposé par la jurisprudence égyptienne (Trib. civ. Caire, 9 mai 1922, G., XIII, 52, 89 ; 11 février 1913, B., XXV, 168). Et il faut en conclure de même pour ce qui est de la jurisprudence française. Quant au droit italien, à en juger d'après la récente rédaction de l'article 106, le créancier sera en droit d'exercer l'action oblique alors même que sa créance ne serait pas exigible.

B. — CONDITIONS DE FORME POUR L'EXERCICE DE L'ACTION OBLIQUE

a) *Le créancier doit-il se faire subroger ?*

L'action oblique en droit italien porte quelquefois le nom d'action subrogatoire. Il s'ensuit qu'au point de vue juridique le créancier est considéré comme subrogé aux droits du débiteur. Peut-on déduire de là que le créancier a besoin d'une autorisation préalable afin d'exercer son droit.

Il est de toute évidence que si le créancier est subrogé à son débiteur, il exercerait en son nom propre l'action du débiteur, ce qui le dispenserait de l'exercice de l'action oblique. Mais cette subrogation ne pourrait se faire que jusqu'à concurrence du montant de sa créance exigible. Le procédé de la subrogation conduirait à enlever au débiteur secondaire la faculté de se libérer entre les mains du débi-

teur principal, son créancier, et de priver ce dernier du droit de disposer des droits et actions formant l'objet de la subrogation. Cela constituerait un effet entièrement opposé à celui qui résulte de l'exercice de l'action oblique ; où le débiteur ne perd pas la faculté d'exercer par lui-même ce droits et où le bénéfice résultant de l'exercice de l'action oblique doit rentrer dans le patrimoine du débiteur pour être réparti au prorata de toutes les créances.

La créance doit être certaine, exigible et liquide.

Dans un arrêt du 25 mars 1924, la Cour de Cassation Chambre des requêtes a statué sur une procédure suivie à l'occasion d'un sinistre. Les créanciers tentaient la procédure de l'action oblique : « Attendu que si, aux termes de l'article 1166 du Code Civil, les créanciers sont autorisés à exercer les droits et actions de leurs débiteurs à l'exclusion de ceux exclusivement attachés à la personne, ils ne peuvent se prévaloir de cette faculté que lorsque leur créance est à la fois certaine, exigible et liquide ;

« Attendu que l'arrêt attaqué (Cour de Paris, 13 juin 1923) déclare que l'action en liquidation et partage était mal fondée par ce motif que le montant de l'indemnité qui pourrait être due par les époux Grabette à raison de l'incendie de l'immeuble dont ils étaient locataires et n'avaient pas cessé d'avoir la possession, n'est pas encore établi et qu'au surplus, ils contestent que la responsabilité du sinistre puisse leur incomber dans les conditions prévues par la loi ;

« Attendu qu'en statuant ainsi, par une décision qui implicitement réserve à Caillau ses droits éventuels, l'arrêt attaqué n'a violé aucun des textes visés au moyen... rejette. »

Cette question de subrogation s'est posée en droit

italien avec bien plus d'acuité que partout ailleurs. En France bien des principes juridiques s'opposent à l'idée de subrogation judiciaire, et parmi ces principes il faut mentionner tout d'abord l'article 1166 lui-même. La subrogation judiciaire ferait dépendre l'action des créanciers de la décision des tribunaux qui seront libres de la leur accorder ou de refuser. Mais l'article 1166 la leur confère de plein droit. Et il n'y a pas lieu à contester ce droit des créanciers en invoquant l'article 788 qui exige d'eux, une action en justice afin de faire annuler une renonciation à une succession faite au préjudice de leurs droits car c'est là un texte particulier. La règle française repose donc sur l'inutilité complète de la demande subrogatoire (Cass., 1^{er} juin 1858, suivi d'une dizaine d'arrêts conformes).

En Italie, la doctrine s'est longuement entretenue sur la nécessité de cette autorisation judiciaire préalable. M. Di Ruggiere (*op. cit.*, p. 160) l'estime superflue. « Dans le silence de l'article 1234, dit-il, il faut présumer qu'elle n'est pas nécessaire. » A cette opinion, on a vu opposer un autre raisonnement : « D'une part, dit-on, nul ne pouvant se faire la justice à soi-même, le créancier ne peut agir comme bon lui semblera, il doit requérir l'autorisation du juge. D'autre part, la preuve de la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable découle des termes de l'article 949, Code Civil italien, selon lequel le créancier qui veut accepter la succession à laquelle son débiteur a renoncé doit être autorisé par le tribunal. » Mais ces arguments sont loin d'être concluants, de même que la distinction établie par d'aucuns entre l'action oblique à effet conservatoire ne requérant aucune autorisation et celle à effet exécutoire qui ne pourrait s'en passer.

M. Ricci (*op. cit.*, p. 300, al. 230) qui reprend le même

problème, se prononce pour la négative : point n'est besoin d'une subrogation judiciaire. La controverse ne cessant pas, d'autres arguments se sont fait jour afin de prouver la nécessité de cette autorisation notamment celui-ci : de même que le créancier ne peut par sa seule autorité s'emparer, ni se mettre en possession des biens de son débiteur, de même il ne saurait exercer les droits et actions du débiteur sans être autorisé par ce dernier ou par la justice.

L'argument ne nous paraît nullement décisif. En effet, le droit qui permet au créancier d'exercer les actions de son débiteur du fait de sa créance est un droit comme un autre. Or, est-il nécessaire d'avoir une autorisation judiciaire afin d'exercer son droit ? Évidemment non, et il en est de même pour le droit découlant de l'article 1234.

D'ailleurs, la loi italienne contient un texte qui va à l'encontre de la prétendue nécessité de l'autorisation préalable. C'est l'article 715 Code Pr. Civ. selon lequel le créancier d'une personne intéressée dans une distribution par contribution ou dans la collocation dans l'ordre a le droit d'y intervenir, soit pour faire valoir et conserver les droits de son débiteur. Et l'article 715 n'exige pas pour cela faire une autorisation judiciaire préalable. Pourquoi alors l'exiger pour l'exercice de l'action oblique ? (Cass. Florence, 25 janvier 1897. Ricci, c. Valentini, annali 1897, 66 ; App. Bolepia, 18 juin 1885, dép. cit., App. de Bresia (en sens contraire).

En l'absence de l'autorisation judiciaire préalable, faut-il considérer le créancier agissant par l'action oblique comme étant le mandataire légal du débiteur ? Nous verrons plus loin que la jurisprudence égyptienne fait dans une certaine mesure l'application de cette idée. Mais dans le mandat, le mandataire agit toujours pour le compte et

dans l'intérêt du mandant. Or, par l'action oblique, le créancier, tout en exerçant les droits et actions de son débiteur, agit dans son propre intérêt, car cette action constitue pour lui un moyen de parvenir au recouvrement de sa créance. En réalité l'action oblique ne doit être considérée autrement qu'une sanction du droit de gage général que le créancier possède sur le patrimoine de son débiteur, alors que le présent patrimoine de ce dernier ne suffit pas à garantir sa créance.

En droit égyptien la question se présente sous un aspect quelque peu différent. Il résulte de l'interprétation des décisions jurisprudentielles que l'action oblique constitue pour les créanciers un droit de nature particulière : il s'agit là plutôt d'une sorte de mandat permettant au créancier d'agir au nom du débiteur (19 juin 1889, B., I, 391). Mais ce mandat n'a rien d'un mandat ordinaire en ce sens que le créancier n'a pas besoin d'être autorisé par son débiteur pour l'exercer (22 novembre 1893, B., 6, 341 et 20 février 1896, B., 8, 125).

b) *Titre exécutoire.*

Lorsqu'en principe, l'on admet que la créance doit être exigible pour que le créancier puisse agir en vertu de l'action oblique, point n'est besoin pour le créancier d'avoir un titre exécutoire. En effet, ce titre, nécessaire afin de procéder à l'exécution des biens du débiteur, serait superflu dans notre cas où il s'agit simplement d'une demande en justice. La doctrine et la jurisprudence sont donc d'accord pour ne pas exiger un titre exécutoire (Bordeaux, 5 décembre 1835 ; Cass. Civ., 6 juin 1858 ; Nîmes, 31 décembre 1879 ; Cass. Req., 8 juin 1901, I, 498, note de M. Lyon-Caen.

c) *La mise en demeure.*

Le créancier exerce valablement l'action oblique lorsque son débiteur, comme nous l'avons vu, n'agit pas lui-même pour protéger ses droits. Mais avant d'intenter l'action de son débiteur, le créancier doit-il au moins commencer par le mettre en demeure d'exercer lui-même son droit. La jurisprudence des trois pays n'exige point cette condition. La mise en demeure est donc inutile (Nîmes, 31 décembre 1879; Bruxelles, 25 juillet 1870). Pourtant, on peut entrevoir quelque inconvénient de l'absence de cette formalité : le débiteur non prévenu, peut de son côté et en même temps faire valoir ses mêmes droits, d'où il résultera une double procédure. Il appartient alors au créancier de s'effacer, car l'action oblique, n'étant que subsidiaire, ne doit pas se substituer à l'action exercée par le débiteur lui-même. Le créancier n'aura alors que la faculté d'intervenir dans le procès intenté par son débiteur, s'il a des raisons pour soupçonner celui-ci de vouloir compromettre ses droits.

d) *La mise en cause du débiteur.*

En exerçant l'action oblique, le créancier agit dans son intérêt propre, il n'est point obligé de mettre en cause le débiteur. La question ne fait pas de doute en droit français et italien. Mais en Egypte, la jurisprudence est moins catégorique. Certains arrêts considèrent cette formalité simplement facultative (C. 25 janvier 1917, B., 29, 180) ; d'autres, par contre, jugent cette mise en demeure obligatoire, sous peine de déclarer l'action irrecevable : le tribunal doit même procéder d'office à cette mise en cause du débiteur afin de lui enlever le moyen de s'opposer ultérieurement au jugement rendu. Mais en appel, cette dernière

mesure n'est plus possible (19 février 1920, B., 32, 159).

Terminons nos explications sur l'exercice de l'action oblique dans la législation italienne. Elle suit la tradition classique que nous avons déjà examinée pour d'autres pays et par les mêmes principes généraux d'application.

Les quelques difficultés d'application que nous avons rencontrées tiennent aux particularités de loi italienne mais les solutions générales sont les mêmes que pour d'autres États.

Allons-nous retrouver les mêmes traditions et la même influence dans d'autres pays.

Dans la législation anglaise nous verrons que la question juridique posée est loin d'avoir eu les mêmes solutions.

Avant d'aborder un domaine spécial en droit égyptien, le Wakf, montrons, à titre d'exemple, deux décisions intéressantes des juridictions égyptiennes, qui contiennent la démonstration des principaux éléments concernant l'action oblique.

A. Dans la première de ces décisions on y verra :

1^o Les solutions concernant l'autorité de la chose jugée vis-à-vis d'un jugement précédemment rendu par un tribunal de Commerce à la requête du débiteur et contre ce dernier, pour un motif de procédure, ce qui n'empêchait donc pas le créancier de se servir de l'action oblique.

2^o La difficulté provenant de l'application de l'article 436 du Code Civil qui vise les formalités à accomplir en cas de transport de créance et plus particulièrement le 3^e alinéa :

« Les obligations purement civiles nées entre indigènes ne peuvent être cédées qu'avec le consentement du débiteur, lequel ne pourra être établi que par écrit ou par relation de serment. »

Or par suite de l'application de l'article 202 (action oblique) le consentement prescrit plus haut n'avait pas besoin d'être requis.

3° Enfin on retenait contre le créancier le fait que son action ne contenait pas les éléments constitutifs essentiels de l'action oblique, notamment, le débiteur n'était pas resté morosif, ne manifestait aucune négligence ; bien au contraire il a pu démontrer tout d'abord qu'il avait cédé sa créance, puisqu'il était d'accord avec son créancier pour exercer l'action qu'il avait pris fait et cause pour lui pendant l'instance. Enfin le créancier n'a pu démontrer que sa créance était en danger et que le débiteur ne pouvait être distrait de ses juges naturels.

Nous donnons donc le texte de cette décision :

« Attendu que El Hag Mohamed Moustapha Saleh a relevé appel tant du jugement interlocutoire du Tribunal Mixte du Caire du 13 avril 1922, déclarant recevable l'action oblique contre lui intentée par Constantin Lunghis du chef de son débiteur Mohamed el Toukhi Rezk, que le jugement du fond du même tribunal du 15 juin 1922, le condamnant à payer au demandeur la somme de P. T. 21642 ;

« Attendu que l'appelant reproduit préjudiciellement son exception d'irrecevabilité de l'action oblique, la fondant :

- a) Sur la chose jugée ;
- b) Sur l'article 436 du Code Civil, dernier alinéa ;
- c) Sur le défaut des éléments constitutifs de la dite action.

« Attendu que la chose jugée invoquée par Saleh n'en est pas une ; car, le précédent jugement du Tribunal de commerce qui déclara irrecevable l'action oblique de Lunghis le fit pour un motif de procédure tout à fait par-

ticulier à ce procès-là, c'est-à-dire parce que Lunghis l'avait proposée en cours d'instance et même après un jugement interlocutoire antérieur — en changeant l'action qu'il avait originairement introduite comme cessionnaire de El Toukhi Rezk et dont le mal fondé apparaissait évident après la preuve faite que Saleh n'était pas commerçant et que pourtant, el Toukhi Rezk ne pouvait céder sa créance sans le consentement du débiteur Saleh. Or cette *ratio decidendi* n'existe pas aujourd'hui parce que Lunghis en abandonnant la cession a introduit l'action oblique *ex novo* par devant le Tribunal civil. A défaut d'identité de la cause il n'y a pas de chose jugée possible ;

« Attendu que l'article 436, dernier alinéa ne constitue pas non plus un obstacle à l'exercice de l'action de Lunghis. Le consentement du débiteur qui est nécessaire, suivant le dit article pour les cessions des obligations civiles nées entre indigènes n'est point requis par l'article 202 du Code Civil pour l'exercice oblique des actions nées entre indigènes. Et les deux articles ne sont pas en contradiction parce qu'il n'y a entre les deux cas aucune analogie. La cession des obligations est fondée sur la volonté contractuelle des parties et a trait au principe du libre échange des biens ; tandis que l'action oblique est fondée sur la volonté de la loi et constitue une application du principe que les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers. De plus, le cessionnaire exerce l'action du cédant de son chef, tandis que le créancier agissant en voie oblique l'exerce du chef de son débiteur : en sorte qu'il serait impropre de parler dans cette hypothèse d'un véritable transfert de droits. D'autre part, le législateur mixte a bien voulu, par le dernier alinéa de l'article 436, apporter une dérogation, provenant du droit musulman, à la cessibilité des obligations : mais rien n'in-

dique qu'il ait été entendu également restreindre le droit des créanciers et surtout des créanciers étrangers sur le patrimoine de leurs débiteur sindigènes. L'adoption d'une opinion différente amènerait à la nécessité de requérir le consentement du débiteur saisi même pour la validité des saisies-arrêts, car la saisie-arrêt n'est, au fond, qu'un cas particulier de l'action oblique. L'inadmissibilité de cette conséquence ultérieure révèle encore mieux le mal fondé de la thèse de Saleh;

« Attendu, toutefois, que l'exception de Saleh, si on l'examine au point de vue des conditions nécessaires à l'exercice de l'action oblique est pleinement fondée. Cette action suppose que le débiteur néglige l'exercice de son action et que son créancier ait intérêt à l'exercer, lui, pour remédier à cette négligence. Or, en l'espèce ; rien de pareil ne se vérifie. Aucune négligence ne peut être reprochée à Toukhi Rezk ; car s'il n'a pas agi à l'encontre de Saleh, c'est parce que, quelques jours après l'échéance de sa créance, il l'a cédée à Lunghis. Et, soit au cours de l'action que Lunghis intenta contre Saleh en vertu de la dite cession soit au cours de la présente action fondée sur l'article 202 El Toukhi Rezk a toujours démontré par son attitude qu'il prenait fait et cause pour Lunghis. Aussi l'impression qui se dégage de toute l'affaire est que El Toukhi Rezk n'a pas exercé son action directement contre Saleh parce qu'il a été d'accord avec Lunghis à ce qu'elle fut exercée d'une manière ou d'une autre, par ce dernier : situation qui, loin de cadrer avec l'idée inspiratrice de l'action oblique, y contredit.

« D'autre part Lunghis n'a pas établi nettement son intérêt à ce faire ; en effet aucun élément n'existe qui puisse faire croire à un danger pour lui de perdre les ga-

ranties de sa créance à cause de la prochaine déconfiture soit de El Toukhi, soit de Saleh. Il est vrai qu'on peut se demander quel intérêt, à son tour, pourrait avoir Saleh à payer à l'un plutôt qu'à l'autre plaideur, du moment que El Toukhi est en cause, et, en appel, il s'est même rallié aux conclusions de Lunghis. Mais l'intérêt existe. Saleh conteste le quantum de sa dette et pour cette contestation, il a droit à ne pas être distrait de ses juges naturels, qui sont les tribunaux indigènes ; tandis que, en admettant l'action oblique de Lunghis étranger, l'intérêt mixte venant se greffer dans l'affaire, rendrait les tribunaux indigènes incompétents. »

Arrêt du 21 juin 1923 B. XXXV, p. 518.

Le deuxième arrêt nous intéresse également à cause des questions soulevées par l'article 202.

La Cour n'avait retenu que l'action en dommages-intérêts intentée par un créancier vis-à-vis d'un adversaire décédé pour inexécution des clauses d'un bail fait au profit du frère du « de cujus » débiteur du créancier. Les autres motifs d'appel avaient été écartés à la suite d'un autre jugement devenu définitif.

On y retrouve l'application de l'article 436 du Code Civil auquel nous nous étions déjà reportés dans le précédent arrêt en ce qui concerne l'autorisation du débiteur pour le transport de la créance.

Mais on y découvre une interprétation de plus curieuses de ce que peut être l'attitude d'un débiteur négligent bien que ce dernier se soit joint à son créancier pour soustraire l'appelant à ses juges naturels.

Et les magistrats d'admettre que la présence du débiteur aux débats étant absolument obligatoire, prétendant

même que l'action aurait été irrecevable si le débiteur n'avait pas été mis en cause, ce qui est en principe contraire aux interprétations reçues de la loi française et des Codes égyptiens.

L'espèce soulevait encore une autre question sur la confusion cause de l'extinction de l'action parce qu'il s'agissait d'une succession régie par la loi musulmane.

Enfin l'appelant n'avait pas à se préoccuper des autres créanciers qui comme il a été établi en matière d'application de l'action oblique participent aux mêmes avantages que le créancier poursuivant en cas de succès dans un procès.

Le reste de l'arrêt abordait le fond de l'instance en ce qui concerne les rapports des parties, en fait les deux frères l'un qui devait payer les loyers convenus au contrat, l'autre qui devait livrer les terrains : ces deux obligations étaient corrélatives, mais cette partie de l'arrêt ne rentre pas dans le cadre de notre exposé.

Reprenons donc cet arrêt pour les nombreuses questions concernant l'action oblique qu'il soulève.

La Cour ne peut statuer que sur le mérite de l'action dirigée par René Cohen à l'encontre de Kamelbey Teymour aujourd'hui décédé, en réclamation de dommages-intérêts dus pour inexécution d'un contrat de bail fait au profit de Hussein bey Teymour débiteur de René Cohen ; les nullités invoquées par l'appelante et contre l'acte d'assignation et la signification du jugement rendu à l'encontre de son auteur ayant été écartées par un précédent jugement devenu définitif, faute d'appel dans ce délai.

René Cohen et avec lui son débiteur Hussein bey Teymour basent leur prétention à des dommages-intérêts sur l'inexécution d'un contrat de location qu'aurait con-

senti Kamel bey Teymour à son frère Hussein bey Teymour et qui n'aurait pas reçu son exécution par la faute du bailleur, en l'espèce Kamel bey Teymour, qui n'aurait pas livré les terrains pour permettre au locataire d'en jouir.

L'appelant, avant d'aborder le fond et d'établir l'inanité de la demande a soulevé plusieurs exceptions d'irrecevabilité que l'on peut d'ores et déjà déclarer mal fondées.

En effet, tout d'abord, la formalité exigée par le législateur dans le dernier alinéa de l'article 436 du Code Civil n'est pas un obstacle à l'exercice de l'action oblique, le consentement du débiteur cédé qui est nécessaire pour la cession des créances nées entre indigènes n'est point requis lorsqu'il s'agit de l'action oblique prévue par l'article 202 du même Code ; aucune analogie n'existe entre les deux textes qui ont des buts différents et partent d'un principe diamétralement opposé.

Quant aux conditions requises pour l'exercice de l'action oblique elles se trouvent pleinement réunies en l'espèce et ce n'est parce que le débiteur est en cause et qu'il s'est rallié aux conclusions de son créancier qu'il faudrait conclure qu'il ne s'agit pas du cas d'un débiteur négligent, tel que l'entend la loi ou bien qu'il a été d'accord avec son créancier pour soustraire l'appelante à ses juges naturels ; tout au contraire sa présence aux débats s'impose et le créancier devait sous peine de voir déclarer son action irrecevable mettre le débiteur en cause.

Il ne peut être question non plus de l'extinction de l'action par confusion ; s'agissant d'une succession régie par le droit musulman. Les deux patrimoines du de « cujus » et de l'héritier ne se confondent pas et restent séparés jusqu'à extinction des dettes de la succession, sans avoir à distin-

guer si la dette est au profit de l'héritier ou d'un tiers, l'héritier comme le tiers doit réclamer sa créance sur la masse successorale et non pas par défalcation proportionnelle sur sa part dans la succession.

La dame Nafissa Hanem n'a pas à se préoccuper de l'intérêt des autres créanciers à participer au bénéfice de l'action oblique, c'est à ces derniers que revient ce droit et elle n'a pas à plaider pour eux.

Au fond, Hussein bey Teymour prétend que son frère Kamel bey Teymour lui aurait consenti à la date du 11 juin 1919 une location de 138 feddans qu'il ne lui a pas consignées pour lui permettre de cultiver et jouir de la location et qu'il lui doit à raison de l'inexécution du contrat des dommages-intérêts qu'il a évalués à la somme de £. 2.000.

Il échet de remarquer, tout d'abord que Hussein bey Teymour n'établissait pas avoir payé les loyers convenus au contrat.

Cela étant, il ne pouvait obliger son frère à exécuter son obligation de livrer les terrains, qui est corrélative au paiement des loyers ; le bailleur n'est tenu d'exécuter son obligation que lorsque le locataire prouve avoir exécuté la sienne.

Quoiqu'il en soit du paiement des loyers Hussein bey Teymour n'apportait pas la preuve que l'inexécution était imputable à son frère. L'on ne pouvait retenir comme preuve la simple copie d'une lettre prétendument envoyée par Hussein bey Teymour à son frère à la date du 16 juin 1920, avec avis de réception.

En effet, rien n'établissait que la lettre envoyée avait réellement la teneur et le texte de la copie versée aux débats par Hussein bey Teymour.

En tout cas, la copie d'une lettre privée ne pouvait en justice faire foi de son contenu.

Au surplus cette lettre n'avait été envoyée que le 16 janvier 1920, alors que Hussein bey Teymour devait prendre livraison des terrains à lui loués en octobre 1919 comme il était dit au contrat, et comment alors expliquer cette inertie de Hussein bey Teymour depuis la signature du contrat jusqu'au mois de janvier 1920, date de la lettre prétendûment expédiée ?

En tout cas, à supposer que le contrat n'ait pas été exécuté par la faute du bailleur, Hussein bey Teymour n'avait pas droit aux dommages-intérêts qu'il réclamait pour n'avoir pas, conformément à l'article 478 Code Civil, mis son frère en demeure de s'exécuter.

CHAPITRE IV

LES EFFETS DE L'ACTION OBLIQUE A L'ÉGARD DU TIERS

Il ne faut pas perdre de vue que le créancier, par l'action oblique, poursuit la réalisation d'un droit non point de son propre chef, mais aux lieu et place de son débiteur. Le tiers défendeur à l'action se trouve donc exactement dans la même situation que si le débiteur, créancier de ce tiers, eût lui-même engagé les poursuites contre lui. De là les conclusions suivantes : d'une part, le tiers peut opposer au créancier demandeur toutes les exceptions qu'il eût été en droit d'opposer au débiteur lui-même et cela en tout état de cause (Cass., 29 juin 1837 ; Cass., 10 juillet 1867 ; Cass., 8 mars 1854 ; Cass. Req., 18 février 1862). Notamment, le tiers peut invoquer valablement la compensation dont il peut se prévaloir à l'encontre du débiteur. Mais la jurisprudence lui refuse le droit d'introduire une demande reconventionnelle contre le débiteur, alors que le créancier de ce dernier agit en vertu de l'action oblique, le créancier ne pouvant pas être considéré sous tous les rapports comme représentant le débiteur (Cass. Req., 1^{er} juillet 1851, S. 51, I, 740 ; D. 51, I, 192). Le tiers est d'ailleurs recevable à opposer au créancier non seulement les exceptions qui ont pris naissance antérieurement à l'introduction de l'instance, mais même celles qui trouvent leur source dans un événe-

ment postérieur. Bien mieux, la Cour de Cassation (Req., 18 février 1862. D. 62, I, 248) a jugé que le tiers peut opposer au créancier les effets d'une transaction intervenue entre lui et le débiteur sur le droit en litige, pourvu que cette transaction fût faite sans fraude. Le tiers opposera valablement au créancier les écrits émanant du débiteur, un partage intervenu entre lui et le débiteur (App. Boulogne, 6 juillet 1896, Marchetti c. Benati, Riv. Gui., Bologne, 1896, 251 ; App. Brescia, 10 janvier, Mont. Trib. 1882, 277). L'autorité de la chose jugée (Cass. Turin, 30 novembre 1901 ; Gui., Turin, 1902, 117 ; Trib. de Boulogne 16 juin 1881, Riv., Gui., Boulogne, 1881, 155 ; Cass. Rome, 11 mars 1187, Leggi 1887, I, 577) ; les règlements de la faillite (Cass. Palerme, 20 septembre 1880, *Circ. Gui.*, 1881, 18). Lorsque le créancier exerce le droit de rachat du débiteur dans la vente à réméré, le tiers lui réclamera utilement les prix et les loyaux coûts, comme si le créancier eût été le vendeur, lui-même. (Pour l'Égypte, 6 juin 1907, B., 19, 298 ; C. 12 mai 1921, B, 33, 31 ; 3 juin 1926, b. 38, 4, 63.)

D'autre part, à supposer que le tiers possédât contre le créancier une créance liquide et exigible, il ne pourrait pas invoquer ici la compensation, car celle-ci ne peut jouer que dans les rapports de créancier à débiteur, tandis qu'ici le créancier n'agit point comme tel à l'égard du tiers poursuivi, il ne fait que remplacer son propre débiteur (Cass. Turin, 1884, Cantine c. Tarfani, Gui, Turin, 1884, 376 ; Cass. Rome, 26 avril 1901 ; Benaca c. Marignoli, Foro, it., 1901, I, 724 ; App. Florence, 7 juillet 1902 ; Valenti c. Bazzanti, *Annali*, 1902, 392 ; App. Gênes, 23 octobre 1891, Favara c. Piaggia, *Temi Gen.*, 1892, 104). Les droits que le créancier peut faire valoir contre le tiers sont aussi strictement limités à ceux de son débiteur, il ne saurait invoquer un droit

qui lui serait personnel (App. Rome, 20 décembre 1889 ; Salvadori c. Datta Tari, Temi Rom. 1889, 848 et 5 arrêts de même espèce des Cours de Turin, Venise, Florence (2 arrêts) et Modène), ni changer à son profit le contrat passé entre son débiteur et le tiers. Ainsi, c'est en vain qu'il voudrait réfuter une clause compromissaire insérée dans le contrat, et il doit se soumettre à la décision des arbitres en cas de conflit (App. Gênes, Temi, Gui., 1892, 104. Voir en sens inverse App. Milan, 6 mars 1895, Fore it., 1895, I, 1119 avec un commentaire très intéressant de la décision). Le créancier ne pourra non plus se prévaloir d'une prescription du chef de son débiteur si la bonne foi de ce dernier fait défaut (Égypte, 3 mars 1903, B., 15, 167).

CHAPITRE V

LES EFFETS DU JUGEMENT

a) *Les effets du jugement à l'égard du débiteur.*

Nous avons constaté auparavant que (la jurisprudence égyptienne mise à part), le créancier n'est pas forcé de mettre en cause le débiteur alors qu'il exerce les droits de ce dernier. Le jugement rendu aura-t-il alors une autorité de la chose jugée à l'égard du débiteur ? (La jurisprudence égyptienne est hésitante, il y a des décisions dans les deux sens). Cela ne pourrait être, car le droit en vertu duquel agit le créancier n'a pas la même cause que celui qui appartient à son créancier. Le créancier, avons-nous dit, agit comme procureur *in rem suam* ou sa propre responsabilité, il ne peut donc substituer sa volonté à celle de son débiteur. Ainsi, une instance introduite par le créancier en réduction d'une donation excessive n'implique nullement de la part du débiteur l'acceptation de la succession. Le jugement ne serait donc pas opposable au débiteur qui pourrait poursuivre à nouveau le tiers, notamment au cas où le créancier serait débouté de sa demande. Mais cela est une solution purement théorique car en pratique le débiteur sera toujours mis en cause, et le jugement intervenu lui sera ainsi opposable.

b) *Les effets du jugement à l'égard des autres créanciers.*

Les effets du jugement rendu seront certainement opposables aux autres créanciers si le débiteur avait été mis

en cause, car alors les créanciers ne peuvent invoquer plus de droits que leur débiteur lui-même. Mais même en absence de cette mise en cause, l'autorité de la classe jugée s'impose à leur égard de même qu'ils peuvent s'en prévaloir. En effet, l'action oblique ne fait pas naître un droit exclusif au profit du créancier poursuivant, son résultat serait de faire entrer un bien dans le patrimoine du débiteur, sur lequel tous les créanciers sauront le droit de gage général. (Toulouse, 13 février 1864 ; Cass. 18 juillet 1838). (Pour la disposition qui autorise les créanciers de la femme à exercer individuellement l'action de leur débitrice en cas de la déconfiture du mari et pour le droit qui appartient alors à tous les autres créanciers de la femme de participer au partage de la masse réalisée (voir Nancy, 24 janvier 1825. Eg. 20 mai 1915, B., XXIVX, p. 351 ; 20 janvier 1917, B., XXIX, p. 160 ; 25 janvier 1917, B., XXIX, 180).

Ajoutons d'ailleurs que les autres créanciers auraient dans certains cas la faculté d'intervenir dans le procès engagé par l'un d'eux. Nous verrons plus loin que le créancier agissant par l'action oblique peut demander au tribunal, dans la même instance, de lui attribuer la valeur récupérée en paiement de sa créance. Pour éviter ce résultat fâcheux, les autres créanciers peuvent s'associer au créancier poursuivant, pour profiter dans la même mesure de l'effet du jugement rendu. Il n'en serait autrement que dans le cas d'une succession vacante, le créancier de la succession ne pourra jamais s'approprier les bénéfices de l'action oblique par lui exercée : les fonds récupérés doivent être consignés pour être répartis par dividende entre tous les créanciers (Eg., 5 janvier 1898, 1086).

CHAPITRE VI

L'ACTION DIRECTE

Certains créanciers peuvent, en vertu des lois spéciales, exercer une action directe beaucoup moins compliquée et délicate que l'action oblique. L'action directe permet en effet d'assigner le débiteur du débiteur sans aucune formalité préalable, point n'est besoin de rechercher si le créancier peut s'appuyer sur un texte de loi — sur l'article 1166 du Code Civil français ou autres textes de législation d'autres États. Il peut agir par ajournement devant le Tribunal compétent sans se soucier de son débiteur immédiat. C'est en vertu de ce précepte que fut instaurée en France la loi de 1898 sur les accidents du travail ainsi que les lois qui en découlent. Le B. I. T. lui-même en a reconnu le principe quand il a pris, au cours de différentes assemblées ordinaires des décisions dans ce domaine.

La loi française du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance a permis à la victime d'un accident de droit commun (accident d'automobiles par exemple), d'ester en justice contre l'assurance développant ainsi le champ d'application de la loi de 1898 dans un domaine autrement étendu.

Les exceptions de la législation italienne (loueur vis-à-vis du sous-locataire, art. 1574), maçons, menuisiers et artisans vis-à-vis du propriétaire qui a confié un ouvrage à un entrepreneur (art. 1645) démontrent une tendance

nettement marquée à cette modernisation de la procédure de recouvrement de créance ou exécution d'obligation qui dérive de l'action directe.

Cette évolution intéressante à constater s'applique à toutes les législations de pays civilisés et nous ne pouvons que souhaiter la généralisation de cette grande transformation.

Nous n'avons fait qu'une allusion de ce qui se passe dans la loi italienne mais les résultats de l'action sont autrement importants pour celui qui doit en recueillir les bénéfices. En effet, il ne peut plus être question pour le créancier poursuivant de partager avec les autres créanciers le montant des recouvrements opérés, grâce à cette procédure. Le créancier qui a une action directe obtient directement d'un débiteur paiement de ce qui lui est dû n'a pas à partager.

Voilà le grand avantage de cette action directe.

M. le professeur Mazzioni (*op. cit.*, p. 195) conclut également dans ce sens. Dans ce cas et tous les autres similaires où un lien juridique crée une obligation directe envers le créancier, celui qui se trouve également obligé envers le débiteur, le créancier n'est pas tenu à obtenir la subrogation ni à faire bénéficier les autres créanciers du résultat de son action.

CHAPITRE VII

L'ACTION OBLIQUE ET LE WAKF

Mais poursuivons nos recherches dans un domaine plus intéressant encore qui soulève un problème délicat visant notre sujet.

Il est une institution très antique en Égypte et qui a déjà fait l'objet d'études sérieuses :

C'est l'institution du Wakf.

Et son étude nous attire d'autant plus que les caractères juridiques qu'elle présente sont de nature particulière. Nous verrons comment elle peut, pour notre exposé, présenter un intérêt de premier plan quant à l'étude du Droit égyptien.

Dans une bibliographie¹, M. Salvator-Messina donne une liste des auteurs qui ont eu la curiosité d'étudier le Wakf soit d'une façon spéciale, soit à propos d'ouvrages généraux, elle comporte 85 noms de personnalités juridiques du monde entier : cette constatation se passe de commentaires.

Le Wakf se trouve généralement placé, quant à son étude dans le chapitre des personnes morales, c'est en effet une personne morale bien que l'essence du droit qu'il représente appartienne plutôt au domaine des biens et non des personnes.

1. *Traité du Wakf.*

Son origine est nettement religieuse : elle correspond à quelque chose s'approchant des institutions de l'Église catholique telles qu'elles étaient reconnues en France avant l'application de la loi établissant la séparation de l'Église et de l'État en 1905.

Mais la fondation, dans ce dernier cas, entrait dans le régime régulier et normal des institutions juridiques. Elle n'était pas exceptionnelle, ni dérogoire au droit commun ; dans une certaine mesure c'est ce caractère d'institution normale qui, à notre point de vue, a amené les protestations du monde catholique. Si les fondations religieuses avaient pris les caractères du Wakf il est certain que le Gouvernement de cette époque n'aurait pas manqué de procéder de la même façon, les effets auraient été identiques, mais l'opinion publique n'aurait alors considéré la mesure que comme la conséquence logique de la politique anticléricale.

Le Wakf a donc tous les caractères d'une fondation mais elle est loin d'avoir les caractéristiques des fondations de droit commun.

Le Wakf a pour but en effet de grever d'une façon perpétuelle, la nue propriété de certains biens dans une immobilisation ayant pour objet une institution d'utilité publique une œuvre pieuse ou charitable, nous dirions même éventuellement sociale : le bénéficiaire est destinataire de cet usufruit, soit de suite, soit après la mort ou la disparition des bénéficiaires antérieurs nommés par le fondateur du Wakf.

Nous n'avons pas à faire le commentaire détaillé de ce que représente pour nous le Wakf, mais ce qui s'en dégage confirme en tous points les différents caractères particuliers tenant aux droits réels, aux droits successoraux, aux

droits obligatoires en général et aux personnes morales publiques assez assimilables en somme de ce dernier chef à ce qu'on appelle en droit administratif français, les établissements reconnus d'utilité publique.

Nous n'allons pas faire la comparaison cependant intéressante qui pourrait en être faite en examinant ce qui pourrait être commun aux deux institutions et ce qui cependant les différencie très nettement.

Ce serait une question de droit public pur qui dépasserait le cadre de nos travaux.

Reprenons donc le Wakf tel qu'il se présente en Droit égyptien et voyons comment nous devons l'étudier plus spécialement en ce qui concerne l'objet de notre exposé, c'est-à-dire l'application de l'action oblique.

En effet dans le Wakf la nue propriété des biens est perpétuellement immobilisée à l'avantage des différents bénéficiaires qui profiteront de l'usufruit les uns après les autres d'après l'ordre fixé par le fondateur du Wakf ; le côté religieux apparaît, il tire son essence des très anciennes coutumes religieuses de l'Islam, il lui a permis de survivre et d'arriver jusqu'à nous, tout en étant limité dans ses effets par les nécessités de la vie moderne ; cette sorte de personnalité publique est obligée de lutter même vis-à-vis des juridictions de droit commun, jaloux de ces prérogatives, il les impose plus par la forme morale de sa conception que par la réalité juridique et le bien-fondé de ses droits.

On ne doit pas cependant oublier la définition même qui en est donnée dans l'article 22 du Code Civil mixte.

Les biens Wakf sont ceux qui sont propriétés de main-morte au profit d'établissements pieux et dont l'usufruit peut être légalement cédé aux particuliers dans les conditions déterminées par le règlement.

Nous n'allons pas engager une discussion sur la valeur de cette définition ni sur les difficultés soulevées par l'article 34 du même Code qui tendrait à lui faire perdre son caractère de donation pour en faire une institution testamentaire mais la définition la plus complète nous paraît avoir été donnée par M. Salvator Massina ¹. Tout bien meuble (dans certains cas) ou immeuble dont la personne (waqif) qui en a la libre et entière disposition agissant dans un but pieux (Kourba) immobilise à perpétuité la nue propriété conformément à la loi et suivant les formes qu'elle prescrit en la constituant en patrimoine autonome inaliénable donnée en propre de personnalité juridique (Wakf) dont la nue propriété est destinée à des buts de piété et de charité publiques (Sabil Allah : littéralement dans la voie de Dieu) tandis que l'usufruit est réservé à des œuvres pieuses, soit immédiatement, soit après l'extinction de la descendance d'une ou plusieurs catégories de bénéficiaires et dont la gestion (nazirat) est confiée à des Administrateurs (nazir, Mretwalli) qui seuls ont qualité pour représenter la fondation ainsi constituée.

Nous voici donc fixés définitivement sur ce qu'est le Wakf ; dans la revue que nous faisons des différentes législations sur les applications de l'action oblique, il nous a donc paru intéressant en Égypte de rechercher quelle allait pouvoir être la situation des créanciers du fondateur et s'ils n'allaient pas se trouver devant l'impossibilité d'exercer leurs droits.

L'article 76 du Code Civil mixte précise déjà cette situation quand il interdit l'immobilisation des biens sous le caractère de Wakf au détriment des créanciers ; peu

1. *Traité de Wakf*, p. 21.

importe que pour nous cette règle relève du chapitre des donations bien que le Wakf en son essence, ne soit pas une donation.

Or, comment les créanciers pourront-ils exercer leurs droits ; tout d'abord leur qualité de créanciers ne les fait pas sortir du cadre ordinaire des créanciers de droit commun et c'est pourquoi il ne faut pas s'arrêter à l'expression littérale portée dans l'article 76 qui paraît ne réserver leurs pouvoirs que suivant les principes admis en matière de donation.

On ne peut davantage s'appuyer sur la théorie du statut personnel pour restreindre l'action des créanciers : l'idée peut se trouver en germe dans les coutumes de l'Islam, mais pas autre chose : il n'a pas sa place dans le Code du Statut personnel et des successions, publié en 1875 lors de la création des Tribunaux mixtes.

Par conséquent le statut personnel ne doit jouer et on peut considérer comme nulle la constitution d'un Wakf réalisée au détriment du créancier du constituant dont la capacité se trouve ainsi limitée et qui ne peut revendiquer la règle du statut personnel qui serait contraire au texte de l'article 76 du Code Civil mixte ; il en est de même en matière d'interprétation des vices du consentement dont l'importance en l'occurrence n'échappe aux yeux de personne.

De ce chef, la validité de la formation du Wakf est régie par le Droit commun non pas évidemment sur la question purement formelle, mais quant à la liberté de disposition du constituant en ce qui concerne le patrimoine dont la garantie est affectée aux créanciers : l'application de l'article 76 comporte la nécessité d'une publicité des actes constitutifs des Wakfs, notamment l'obligation de trans-

crire les Hodjet de constitution des Wakfs sur des registres particuliers près les Mekkemchs Charichs (Règlement sur les M. C. du Ragheb 1297, art. 118; idem, du 17 mai 1897, art. 137; idem, du 12 mai 1831, art. 131 et 262, règlement général des Wakfs : règlement général des Wakfs du 27-31 juillet 1895, art. 45, 48).

Dans le conflit entre le droit du Wakf et le droit des créanciers la Cour d'Appel précisa la gestion dans les conditions particulières, à la date du 12 janvier 1926 (B., XXXVIII 168, t. IV, n° 5903.)

Où il y a incompatibilité entre les deux et alors c'est la nullité du Wakf qui s'ensuit, ou il n'y a pas incompatibilité et alors le droit du Wakf ne commence que là où cesse le droit des créanciers.

Par conséquent sont astreints aux règles de la loi civile les pouvoirs des créanciers, soit du constituant, soit du nazir ¹, soit du Wakf, soit des bénéficiaires, sous la réserve que leur créance ne soit pas en contradiction avec les principes religieux de l'indisponibilité ou de la destination finale.

Les conditions essentielles pour devenir créanciers du Wakf sont elles-mêmes assez strictes.

Il faut des conditions spéciales restreintes et déterminées par les dispositions légales régissant la matière et en dehors desquelles on ne peut engager que la personne du nazir à l'exclusion du Wakf (C. A., 3 janvier 1925, B., XXXVIII, 136, t. IV, p. 1906).

Mais une fois cette première règle appliquée, il en est une seconde : quand une créance est née à l'encontre d'un Wakf sous les conditions de régularité prévues par la loi,

1. L'Administrateur du Wakf.

cette créance est exigible exactement comme les autres créances, avec les seules limitations qui dérivent de l'immobilisation des biens destinés à la garantir.

Par conséquent, tant vis-à-vis des autres personnes intéressées, nazir, bénéficiaire, constituant, que vis-à-vis du Wakf lui-même, les créanciers peuvent employer l'action oblique et l'action paulienne.

La compétence des Tribunaux chargés de juger ces poursuites ressortira des Tribunaux de droit commun (art. 8, C. C. M., et une nombreuse jurisprudence constante C. A., 22 avril 1886, R. O., XI., 128 ; 22 janvier 1902, B., XIV, 84, t. I, n° 2, 174 ; 22 mai 1913, B., XXX, V, 545, t. IV, n°s 2453-2454 ; 25 juin 1926, B., XXXVIII, 473, t. IV, n° 2730).

Mais un point reste cependant très important, c'est la nature même du Wakf dans son essence juridique.

Le Wakf est-il un acte gratuit ? Nous ne rechercherons pas quelle distinction les juristes ont donné de l'acte onéreux et de l'acte à titre gratuit, cette question a soulevé des polémiques célèbres ¹. Du point de vue strictement religieux le Wakf est certainement un acte gratuit, il ne peut y avoir de contre-partie dans ce monde.

Mais cette interprétation inspirée d'excellents mobiles peut cependant donner lieu à critique, nul ne connaît en effet les mystères de l'âme humaine et les créanciers ne sont pas assurés de la vérité première qui est à la base du Wakf.

Nous venons d'exposer à ce sujet quelle est en droit strict la position prise par le Code Civil égyptien.

Rappelons l'article 76 du Code Civil mixte.

1. Aubry et Rau, *C. de Droit Civil*, IV, 5^e édit., Paris, 1902 ; Ruggero, *Institutioni*, 5^e éd., I, par. 25, p. 236 ; Pacifici Nazzoni, *Institutioni*, 4^e éd., II, n° 141, p. 394. Zeid Bey ; *Le Wakf*.

Nul ne peut immobiliser son bien à titre de Wakf au préjudice de ses créanciers à peine de nullité d'immobilisation ; cette règle n'est que l'application régulière du principe de l'article 204.

Les créanciers ont, dans tous les cas, le droit de faire annuler les actes faits en fraude, de leurs droits et les donations et renonciations consenties à leur préjudice.

Il s'agit sans doute de l'action paulienne ; mais cette action paulienne n'exclut pas, bien au contraire, le principe de l'action oblique ; qui peut le plus, peut le moins.

Il est beaucoup plus difficile d'intenter une action qui a pour but d'annuler les actes passés par les débiteurs en fraude des droits des créanciers, que d'exercer les droits des débiteurs eux-mêmes contre leurs propres débiteurs : nous n'allons pas instaurer ici un débat sur le principe même de ces deux actions.

Mais, nous dira-t-on, il n'y a pas fraude obligatoire dans les aliénations à titre gratuit, or le Wakf est essentiellement un acte à titre gratuit.

Mais c'est justement le caractère du Wakf qui permet aux créanciers du constituant d'exercer leur droit quand ce constituant s'est rendu insolvable : bien mieux, ils n'ont pas besoin de prouver que l'affectation du Wakf avait une origine frauduleuse ¹.

Et si nous pénétrons plus avant dans l'étude de l'action oblique n'avons-nous pas raison de penser que cette jurisprudence intéressante, établit d'une façon plus positive le droit des créanciers en vertu d'action oblique.

Il ne s'agit plus en effet de poser les conditions néces-

1. A. 4 juin 1918, B., XXX, 459, t. III, n° 123 ; 2 nov. 1916, B., XXXIX, 29, I, III, n° 122 ; G. A., 9 mars 1916, B., XXIX, 29, t. III, n° 122.

saires à l'exercice de l'action paulienne ; point n'est besoin que le débiteur se rende insolvable puisque le créancier exerce ses propres droits de poursuites vis-à-vis de tiers sur lesquels le débiteur a un droit de créance, le débiteur ne s'est plus rendu insolvable puisqu'il a encore la solvabilité provenant de ses droits et actions vis-à-vis de ceux qui lui doivent de l'argent.

Le caractère frauduleux dont la consistance est si difficile à démontrer et qui est un des obstacles sérieux à la réussite d'une action paulienne échappe complètement au domaine de l'action oblique. En cette matière, nous venons de démontrer qu'elle existe, non seulement vis-à-vis du constituant, du nazir, des tiers, mais encore à l'égard du Wakf et de sa constitution.

Et nous pouvons citer des exemples tirés de la Jurisprudence. Le bénéficiaire d'un Wakf qui n'a pas reçu intégralement sa part peut se trouver en contradiction avec un nazir négligent : il a le droit d'exercer l'action oblique afin de demander que le cobénéficiaire qui a reçu plus qu'il ne devait toucher soit condamné à lui verser le trop perçu : il devra naturellement mettre en cause aux fins de régularisation (19 juin 1912, B., 24).

Mais en ce qui concerne le cas particulier et exceptionnel du Wakf, les créanciers n'ont pas plus de droits que dans le domaine du droit privé en général, plus spécialement en ce qui touche l'exercice des actions personnelles, par exemple celles qui dérivent de la qualité du nazir du Wakf, les créanciers ne pouvant être subrogés dans leurs droits dérivant d'une vocation personnelle ou d'une désignation judiciaire (17 mai 1896, B., 270).

CHAPITRE VIII

L'ACTION OBLIQUE ET LE PROJET DE CODE FRANCO-ITALIEN

Au moment où nous terminons notre étude sur le droit français et italien, il paraît intéressant de dire quelques mots du projet de codification franco-italien.

Pendant la guerre de 1914, des juristes des deux nations ont pensé à créer un comité en vue de préparer le rapprochement des deux législations en matière d'obligations.

Les présidents ont été le professeur Vittorio Scialoja et le doyen Larnaude.

M. Larnaude avait l'intention de chercher l'unification du droit dans les rapports de la France et de l'Italie. Cette initiative a été restreinte dans des limites plus modestes. Les Comités institués en 1924 aboutirent en 1927 à l'élaboration d'un projet de Code des obligations pour remplacer la législation actuelle par un droit unique et commun. Il a été décidé de ne pas intégrer les dispositions adoptées dans les Codes Civils, mais de former un Code à part, et ceci à l'imitation de ce qui s'est fait en Suisse. Ainsi le numérotage serait le même dans les deux États et les articles des Codes Civils respectifs seraient abrogés.

Il paraît douteux que ce projet soit adopté sans modifications. Au surplus, il serait difficile de maintenir une interprétation identique de la part des tribunaux des deux

États. Il suffit d'observer que le Code Civil français, adopté en Belgique, donne lieu parfois à des décisions jurisprudentielles différentes. Il n'en reste pas moins que ce projet de codification peut être comparé au Code fédéral des obligations, qu'il est bien rédigé et bien compris.

En ce qui concerne l'action oblique il paraît résumer dans un texte beaucoup plus précis que l'article 1166 du Code Civil français, toutes les questions qui peuvent se poser. Il règle du coup toutes les solutions et paraît éviter pour l'avenir toute discussion de principe sur les différents points que nous avons examinés. Reste à savoir si ces applications dans la pratique ne vont pas nous révéler d'autres difficultés.

Article 106 (projet du Code franco-italien).

« Tout créancier dont la créance est échue ou à terme peut exercer tous les droits et actions de son débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

« Pour la recevabilité de son action, le créancier est tenu de justifier de sa créance sans qu'il soit besoin d'un titre exécutoire ou d'une mise en demeure du débiteur qui doit toutefois être mis en cause. »

Reprenons brièvement ces quelques lignes et nous enregistrons qu'en vertu du projet le créancier peut agir même quand sa créance est à terme. L'exigibilité n'est pas nécessaire ; par contre, l'action sera irrecevable si la créance est simplement conditionnelle.

Pour les actions elles-mêmes nous n'avons pas encore là une définition précise de ce que sont les actions réservées exclusivement à la personne. Le critérium n'a pas été défini et les procès pourront recevoir sur ce point des discussions contradictoires comme par le passé.

Par contre, point n'est besoin pour le créancier d'avoir un titre exécutoire, une grosse du jugement, une reconnaissance notariée ou une lettre de change acceptée.

La mise en demeure n'est pas obligatoire; du coup se trouve supprimée la polémique concernant la théorie de la subrogation.

Il faudra enfin que le débiteur soit mis en cause dans le procès. Il n'y a que des avantages à cette solution et pour les exceptions et pour les conséquences du jugement rendu dans le rapport des parties entre elles.

On sent fort bien tout le caractère latin traditionnel et éminemment juridique qui inspire les rédacteurs de ce nouveau Code. Ils ont compris la subtilité indéniable de cette procédure dont le fonctionnement est inattaquable parce qu'il est juste dans son essence, équitable dans sa solution et ne lèse aucun droit acquis.

CHAPITRE IX

DES AUTRES PAYS QUI ADOPTENT L'ACTION OBLIQUE

Aux trois États, dont nous avons étudié le Code sur les dispositions faisant l'objet de cet ouvrage, plusieurs Pays sont à ajouter. Et d'abord la Belgique où le Code « Napoléon », retouché à diverses reprises mais toujours partiellement, comme en France, est à la base du droit civil. L'article 1166 a donné lieu aux mêmes discussions. Et les recueils de jurisprudence nous montrent que l'interprétation des juristes français coïncide, le plus souvent, avec l'opinion des savants belges. Le grand jurisconsulte Laurent se rencontre avec les Demolombe, les Aubry et Rau, les Baudry-Lacantinerie. Les juridictions belges ne paraissent pas avoir eu à statuer sur de nombreuses applications de l'article, tout comme d'ailleurs les tribunaux français. Nous en avons donné l'explication précédemment. Citons, à titre d'exemple, un arrêt de la Cour de Liège du 12 mars 1832 décidant que le droit de demander des aliments est exclusivement attaché à la personne. La Cour de Gand a jugé, ainsi que les Cours d'Appel de France et la Cour de Cassation que les créanciers pouvaient intenter, au nom du débiteur des actions en nullité, mêmes fondées sur les vices du consentement. La mise en demeure du débiteur, avant l'exercice de l'action n'est pas nécessaire

(Bruxelles, 25 juillet 1870). La règle « Pas d'intérêt, pas d'action » est applicable lorsque le tiers défendeur a remboursé le créancier (Bruxelles, 7 janvier 1869).

Le Code de la République Argentine reproduit presque mot à mot l'article 1166.

Le Code espagnol de 1889, condense, dans son article IV, nos deux articles sur l'action oblique et l'action paulienne.

Un État, qui a subi longtemps l'influence romaine, et qui en a presque le nom, la Roumanie, prévoit au Code de procédure civile, la poursuite et la saisie des sommes et effets dus à son propre débiteur par un tiers. Le texte vise l'action oblique et la saisie-arrêt. Il établit une distinction entre les titres exécutoires et les créances qui ne bénéficiaient pas de l'exécution, et décide que, dans ce dernier cas, le créancier pourra être tenu de fournir caution.

Enfin, mentionnons que la législation civile, codifiée au Japon en 1896 par des professeurs français et en Chine en 1929, renferme des dispositions calquées sur notre Code. La loi japonaise précise que, si la créance n'est pas exigible, une subrogation judiciaire devra intervenir, sauf pour les actes conservatoires. Quant au droit chinois, il n'admet l'action qu'après mise en demeure du débiteur tout en autorisant le créancier à accomplir les actes qui ont exclusivement pour objet la conservation des droits du débiteur à l'encontre du tiers. La disposition paraît des plus équitables.

Nous reproduisons ci-dessous la législation de ces États :

Code Civil espagnol, 24 juillet 1889 : Article IV, Code Civil : « Les créanciers, après avoir, pour obtenir paiement de ce qui leur est dû, exproprié les biens dont le débiteur était en possession, peuvent dans le même but exercer tous ses droits et actions, en exceptant ceux qui sont attachés à sa personne ; ils peuvent également attaquer les

actes que le débiteur a fait en fraude de leurs droits. »

La Roumanie : Article 345 et suivants, Code de Procédure Civile : « Tout créancier pourra, en vertu des titres exécutoires, poursuivre et saisir, pour les sommes contenues dans son titre, les sommes ou effets dus à son propre débiteur par un tiers.

« Le même droit appartiendra aussi à ceux qui auront des titres privés, ou authentiques mais sans titre exécutoire, en fournissant ou non, selon les circonstances, caution pour tous dommages-intérêts. »

La République Argentine : Article 1196, Code Civil : « Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux attachés à la personne. »

Le Japon : Article 423, Code Civil japonais promulgué le 28 avril 1896 : « Le créancier peut, pour sauvegarder sa créance, exercer les droits appartenant à son débiteur, à l'exception, toutefois, de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne de ce dernier.

« Il ne peut, tant que son droit n'est pas exigible, exercer les droits dont il est parlé à l'alinéa précédent qu'en vertu d'une subrogation judiciaire, sans préjudice, toutefois, des actes conservatoires. »

Le Code Civil chinois promulgué le 23 mai 1929 et entré en vigueur le 10 octobre de la même année : Article 242 : « Le créancier peut, pour conserver et satisfaire sa créance, exercer en son nom propre les droits du débiteur lorsque celui-ci manque à les exercer, à l'exception des droits qui sont exclusivement attachés à la personne du débiteur.

Article 243. « Tant que le débiteur n'est pas en demeure, » le créancier ne peut pas exercer les droits visés à l'article précédent, à l'exception des actes qui ont exclusivement pour objet la conservation des droits du débiteur. »

DEUXIÈME PARTIE

L'ACTION OBLIQUE EN DROIT ANGLAIS

CHAPITRE PREMIER

VUE GÉNÉRALE

Nous avons étudié dans quelles conditions se présentait l'Action oblique dans les législations de la France, de l'Égypte et de l'Italie. Nous avons vu comment la conception première de cette action qui remonte en fait au Droit romain avait reçu suivant les climats et depuis de nombreux siècles d'intéressantes adaptations. Nous avons exposé dans quelles conditions le créancier exerçait les droits de son débiteur. Nous avons rappelé les discussions d'ordre doctrinale et les interprétations jurisprudentielles qui étaient à signaler.

Abordons maintenant le Droit anglais. Son étude va nous amener dans un domaine tout à fait nouveau à tous les points de vue, non seulement à cause de ce que nous appellerons la conception juridique des hommes de loi de la Grande-Bretagne, mais aussi à cause de l'action oblique elle-même, c'est-à-dire le fonds de notre exposé et nous verrons comment par suite de cette conception juridique les Anglais n'ont pas introduit l'action oblique dans leur procédure, dans les textes capitaux de la loi anglaise et de ses applications, Common Law, Statute Law, Equity.

La Common Law, la première de ces sources est de beaucoup, la plus complète, nous dirons même la plus pratique.

La conception juridique que l'Angleterre se fait des lois est divergente de notre interprétation française et de celle des pays occidentaux et orientaux de l'Europe à la fois quant au fond du droit dans son essence et dans l'exercice pratique que les magistrats font des textes.

A ce sujet l'un de ces systèmes employés par les magistrats français quand ils sont en présence d'un texte obscur consiste à examiner les travaux préparatoires, à suivre pour ainsi dire la naissance même du texte, à examiner dans quelles conditions il a dû être modifié, transformé, pour en arriver à sa forme actuelle. Les magistrats ne sont pas seuls à procéder de la sorte. Tous les hommes d'affaires, les avocats, les notaires qui ont à donner une opinion sur la phrase incomplète ou délicate d'interprétation pratique de la même façon, reprennent les arguments qui ont été soulevés à la Chambre ou au Sénat et qui, discutés, améliorés, fixés ont donné lieu à un échange de vue qui éclaire utilement la pensée du législateur.

Certains de nos auteurs et parmi les plus remarquables préfèrent se rallier à la formule contraire. Ils font leur opinion du jurisconsulte Dicey (*Introduction to the study of the law of the constitution*, 8^e édit., p. 403-404) qui approuve pleinement le système des magistrats qui ne s'occupent pas du tout des sources des lois ou des circonstances qui leur ont donné naissance, ni des discussions qui ont présidé à leur élaboration.

« Il en résulte, dit-il, que l'interprétation des lois est un peu étroite mais cela augmente de beaucoup l'autorité des juges et la fixité du droit.

Ce système a recueilli l'avis unanime non seulement

des juges dont le travail se trouve largement facilité, mais celui des législateurs eux-mêmes.

En 1912, à la Chambre des Pairs Lord Halden ne disait-il pas : « Les juges n'ont pas à se livrer à des spéculations sur les recherches des motifs qui ont guidé le Parlement. Leur domaine est tout à fait différent, c'est celui de l'interprétation des termes dans lesquels le législateur a finalement exprimé ses conclusions.

Et Sir Douglas Hogg devant la Cour permanente de justice internationale le 26 octobre 1925 confirmait la même interprétation à propos du traité de Lausanne. « Un document écrit doit être interprété selon l'intention des parties telle qu'elle a été exprimée dans ce document ou qu'elle peut être déduite de ses termes actuels. Cette règle s'applique aussi bien aux textes législatifs qu'aux contrats ou accords de toute sorte. »

Nous n'avons pas à instaurer ici une discussion de principe sur les avantages du système employé en Angleterre que certains auteurs préfèrent au système employé en France et dans d'autres pays.

L'étude que nous faisons sur l'action oblique nous permet de nous en tenir aux textes car ils sont traditionnels. La tradition juridique devra-t-elle être assimilée au sort de tous les travaux qui ont donné naissance à une loi ? Pourquoi remonter aux sources, à la tradition si en présence d'un texte obscur, le juge n'a qu'à s'occuper d'interpréter comme il le pourra sans essayer de trouver une limite d'interprétation en dehors du texte lui-même.

Nous sortirions du cadre de nos travaux en voulant approfondir cette question mais nous avons tenu à la signaler puisque nous abordons la législation anglaise et, avec elle, l'esprit qui préside à son interprétation.

Pour bien comprendre également comment nous devons envisager l'étude comparée du droit anglais, il est un point de terminologie que nous signalons. Si nous avons à parler de jurisprudence, il ne s'agira pas comme en France, soit du recueil d'ensemble des jugements des Tribunaux ou des Cours, soit de l'interprétation donnée par les magistrats dans la pratique du texte soumis à leur étude ou des procès soumis à leurs décisions, il ne s'agira pas en somme d'opposer la jurisprudence avec la doctrine, c'est-à-dire l'opinion des auteurs. Quand on parle de jurisprudence en Angleterre on se rapporte à la source très ancienne du mot *jurisprudentia*, c'est-à-dire « le droit pur » (Picard dans son livre « Le droit pur », Paris 1910 ou la science juridique pure Roguin, « La science juridique pure », Paris et Lausanne 1923). C'est en somme une synthèse d'ensemble du droit. La jurisprudence anglaise comprend tout ce qui a été écrit sur le droit, à un titre quelconque, et c'est grâce à ce caractère que la jurisprudence anglaise est passée aux États-Unis et s'y est installée sans peine.

Les observations qui précèdent, démontrent déjà l'originalité du tempérament juridique anglais. L'explication a été magistralement exposée dans la préface du livre du savant juriste, l'éminent professeur Lévy Ullmann sur le système juridique de l'Angleterre (*Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, t. I, *Le système traditionnel*. Sirey, Éd. 1928).

En lisant cette source, nous comprendrons comment historiquement le droit anglais s'est formé avec ses multiples législations.

Un grand effort de codification a été néanmoins réalisé au XIX^e siècle et au XX^e et actuellement l'univers entier, d'influence anglaise ou non, connaît « le Common Law, le

Statute Law et l'Equity qui concrétisent les divers éléments qui ont fait le droit anglais pratique.

C'est donc dans cette abondante et copieuse documentation que toute personne soucieuse de travailler le droit anglais est tenu d'effectuer des recherches méticuleuses.

Mais on se rend compte de la difficulté du problème si l'on se rappelle que l'Empire Britannique nous présente une très grande diversité de législations puisque nous pouvons relever quatorze rubriques ainsi que le fait très justement remarquer M. le professeur Lévy Ullmann (*op. cit.*, préface P. C.). Les diverses catégories qui comprennent des subdivisions à l'infini, engendrées par les conjonctures politiques, embrassent une quantité considérable d'unités juridiques, car bien que jouissant de l'autonomie législative, suivant des mesures extrêmement variables et encore imparfaitement délimitées, chacune des entités de cet Empire possède un droit particulier. On s'en convaincra en jetant un coup d'œil sur la revue générale de la législation dans le British Empire publiée annuellement dans son journal par la société anglaise de la législation comparée.

En réalité, il n'y a qu'une source certaine à toutes ces législations : le droit anglais de « l'english speaking people ». Elle dépendait sauf très rares exceptions de la « Common Law ». Il en est de même de tout le Droit anglo-saxon des États d'outre-Atlantique (*op. cit.*, Préface P. 10).

Nous ne pouvons analyser d'une façon détaillée comment le droit anglais se distingue du droit continental après les pages de doctrine que nous citons. Les caractéristiques du droit anglais sont étudiées et sont d'un précieux secours dans les exposés de droit privé comme celui que nous développons.

Nous allons donc nous inspirer de ces instructions pour

aborder l'examen des moyens pratiques dont disposent les créanciers pour se faire payer des débiteurs, et des conditions dans lesquelles l'exercice de l'action oblique telle qu'elle est conçue par les Continentaux ne peut être envisagée en droit anglais.

SECTION I. — « **Attachment of debts.** »

Pour bien se faire une idée de ce qu'est « l'attachment of debts » on peut comparer cette procédure à une véritable contrainte sur les biens et, comme il existe dans certaines législations surtout criminelles, à une contrainte par corps. C'est donc un moyen voulu par la loi qui est dirigé contre le patrimoine d'un individu. Mais il ne peut s'agir là du cas de la contrainte par corps qui a pour résultat d'amener l'arrestation du débiteur. Il s'agit d'une contrainte sur des biens sous forme d'opposition sur l'argent, les marchandises ou autres valeurs formant partie du patrimoine du débiteur afin de donner au créancier une sécurité pour le paiement de ce qui lui est dû.

C'est en somme une saisie-arrêt, mais avec des conditions tout à fait différentes de la saisie-arrêt en droit français ; le créancier doit avoir obtenu une décision devant l'une des Chambres supérieures. Ne pouvant obtenir paiement, il présente requête au juge qui rendra une ordonnance « garnishee order nisi » qui empêche le tiers saisi (garnishee) de payer sa dette entre les mains du débiteur ; ce tiers peut déposer les fonds entre les mains du tribunal ou contester. Le tribunal interrogera le débiteur, sur ses possibilités de paiement, mais aussi sur l'ensemble des sommes qui peuvent lui être dues, de même sur les valeurs que le tiers peut détenir.

Le juge aura donc délivré un ordre qui autorise la procédure de saisie. Dans cette sorte de procédure, il faudra obligatoirement un jugement faisant titre exécutoire pour obtenir l'autorisation du juge.

Il existe une exception présentant une analogie avec la procédure du droit français qui n'exige pas toujours un jugement pour avoir le droit de pratiquer une saisie-arrêt. La Lord Mayor's Court of London (Cour du Lord Maire) a un pouvoir beaucoup plus étendu.

Tous les biens mobiliers placés territorialement dans le cercle d'action de cette Cour peuvent être l'objet de saisie-arrêt sans aucune décision de justice préalablement rendue.

Pour se rendre compte de l'intérêt de ce privilège, il suffira de dire que la grande majorité des magasins, banques, agences, docks, sont situés dans la Cité et se trouvent ainsi dans la juridiction de cette Cour. Sur présentation d'un affidavit, complété de simples documents pouvant prouver l'existence d'une dette, la Cour du Lord Maire ordonnera la saisie des objets. Le tiers ne pourra être dégagé de cette opposition tant que la créance n'aura pas été remboursée.

Certaines Cours locales ont les mêmes pouvoirs exceptionnels comme Bristol et Lancaster.

Voilà donc brièvement résumée l'économie du système. Nous sommes en définitive très loin de l'action oblique que la législation anglaise ne connaît pas.

Allons-nous donc pour cela abandonner l'étude comparative que nous avons entreprise en ce qui concerne la Grande-Bretagne.

Si nous avons entrepris cette étude c'est que nous voulions voir comment les créanciers pouvaient agir pour

rentrer dans leurs créances en dehors des voies de la saisie-arrêt ordinaire ou de la délicate action paulienne ; ce que nous allons donc analyser dans le droit anglais ce sont les conditions dans lesquelles fonctionne cet « attachment of debts ».

Et nous retrouverons les différentes questions que nous avons examinées lors des précédents chapitres.

Quels créanciers peuvent exercer l'action ? Y a-t-il une limite aux droits des créanciers dans la procédure ? Le débiteur ne possède-t-il pas lui-même des droits sur lesquels le créancier n'aura aucune action ? Les conditions de fond et de forme ne sont évidemment pas les mêmes puisqu'il s'agit d'une action personnelle au créancier sans avoir à s'occuper de l'action que le débiteur pourrait posséder contre le tiers.

Le tiers aura-t-il la faculté de soulever des exceptions ?

Quelles seront les conséquences de cette procédure notamment vis-à-vis du créancier ?

Il ne faut d'ailleurs pas oublier qu'au point de vue du choix de la procédure, une distinction est nécessaire suivant qu'il s'agisse d'une saisie-arrêt ordinaire, dénommée « garnishee order » ou d'une saisie-arrêt portant sur des parts de sociétés possédées par le débiteur « stock or shares ». Cette dernière procédure s'appelle « charging orders ». Les parts ne pourront plus faire l'objet d'une transcription dans les registres de la société. Le « stop order » empêchera la société de verser des intérêts ou dividendes sur les parts saisies.

Cette sorte de voie d'exécution est utilisée quand l'argent ou les valeurs appartenant cependant au débiteur sont déposés pour une raison quelconque dans la caisse du tribunal.

SECTION II. — Origine.

Les Anglais ont ignoré l'action pendant de nombreux siècles et jusqu'à une époque assez récente, ce qui paraît surprenant, alors qu'étant essentiellement une nation industrielle et commerciale et également un pays de banquiers et ce, depuis le XVIII^e siècle. On peut donc s'étonner qu'une procédure pratique ne soit pas née plus tôt des nécessités pressantes qui peuvent amener un créancier à s'assurer des moyens d'exécution, ou, plus exactement, de conservation, sous forme de saisie. Les législations que nous avons étudiées nous fournissaient des références historiques très intéressantes, nous expliquant comment la situation juridique actuelle a pu découler d'une longue tradition.

C'est aux sections soixante à soixante-dix-sept du Common Law procedure Act de 1854 que nous trouverons pour la première fois la procédure autorisant le jugement creditor de saisie (attach) entre les mains d'un tiers des sommes dues. Le Common Law procedure Act de 1860 mit cette procédure au point mais son application fut réservée au Cours de Common Law jusqu'aux judicature Acts de 1873-1875.

Toutefois, en ce qui concerne le caractère de la dette qui ne joue aucun rôle dans l'action oblique, telle que nous l'avons examiné en législation comparée, ce caractère a eu une certaine importance jusqu'en 1875 époque à laquelle la procédure put être appliquée partout, dans tous les cas et par toutes les divisions de la Haute-Cour. Les R. S. C. 1883 dans 42. R. 32 et 34 et dans l'ordre 45 R. 1 à 10 on a repris les dispositions précédemment étudiées concernant l'attachment of debts.

SECTION III. — Conditions requises
pour les créanciers.

L'étude de ces conditions se rapporte à ce que nous avons examiné à la même place quand il s'est agi des législations française, égyptienne et italienne.

On ne distingue pas la qualité du créancier. Nous n'avons pas à examiner le titre qui, comme nous l'avons déjà remarqué, est représenté en législation anglaise ; il faut un jugement de condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent.

Un cessionnaire de la créance ou un exécuteur d'un jugement « creditor » quand ce dernier est décédé, depuis le prononcé du jugement de condamnation peut avoir le même avantage, le même droit que le créancier, mais il lui faut une autorisation (leave) avant de commencer la procédure.

Signalons cependant une exception : c'est quand le jugement « creditor » porte explicitement une condamnation de payer la créance au créancier lui-même, si le règlement doit être fait entre les mains de l'Accountant Général de la Haute Cour, il sera impossible d'employer la procédure normale « d'attachment of debts ».

Il importe de toute façon que le créancier ait le droit de réclamer sur-le-champ la créance qui lui est due. Le jugement doit comporter condamnation d'une dette liquide et exigible.

Nous n'avons pas l'intention d'interpréter ces deux dernières conditions ; elles sont retenues en droit continental. Nous avons eu l'occasion, à propos des autres législations, de voir leur importance pour l'exercice de

l'action oblique. Nous avons donc la solution donnée en Grande-Bretagne. Toutefois les dépens n'ont pas à être taxés.

Ainsi ont été brièvement résumées les conditions requises en ce qui concerne les créanciers eux-mêmes ou plus exactement la qualité des créances.

SECTION IV. — Quels droits mettent obstacle à l'action du créancier?

Nous retrouvons les exceptions que nous avons déjà analysées, par exemple le salaire d'un ouvrier ou d'un domestique (servant, labourer ou workman). Il en est de même des loyers des marins qui ne sont pas non plus saisissables (W. A. A., 1870, 57 ; M. S. A., 1894, S., 163).

Mais il est des cas particuliers, des situations juridiques qui font exception à « l'attachment of debts » et « au charging order ».

Notons tout d'abord la faillite du « judgment debtor ».

Un créancier ayant bénéficié d'une décision de Haute Cour, mais ayant subi auprès d'une Country Court les conséquences d'une ordonnance autorisant le débiteur à se libérer par acomptes (S. 5. du Debtor. Act 1869) ne peut poursuivre l'exécution immédiate tant que l'ordonnance reste en vigueur, aucune procédure du « garnishee order ».

Citons le cas de la désignation d'un séquestre (receiver) chargé de faire rentrer les créances du débiteur. C'est en somme une sorte d'action oblique déguisée sous forme d'une personne interposée. Il est inutile d'avoir recours au « garnishee order », le créancier s'adressera à la « Chancery Division » et obtiendra que les sommes encaissées par le séquestre soient bloquées entre ses mains jusqu'à

concurrence de ce qui lui revient sans qu'elles soient complètement consignées.

Signalons une quatrième exception qui n'existe plus depuis le « Debtor's act de 1869 » quand à cette époque, le débiteur avait été l'objet d'une contrainte par corps en vertu d'un « writ » de « *capias ad satisfaciendum* », il ne pouvait pas être l'objet d'une procédure « d'attachment of debts, » mais la contrainte par corps pour dettes civiles ou commerciales est maintenant abolie, comme en France.

SECTION V. — Conditions de forme et de fond.

Nous aurons peu de choses à dire à ce sujet. Autant des développements un peu détaillés avaient été nécessaires lors de nos précédentes études pour la France, l'Égypte et l'Italie ; autant, nous serons brefs en ce qui touche la Grande-Bretagne. L'intérêt n'est plus le même ; la procédure est toute différente bien que le but à atteindre, soit identique, faire rentrer la créance. La comparaison n'est plus possible.

Nous devons signaler une particularité bien caractéristique.

Dans nos procédures continentales, que ce soit en matière de saisie-arrest ou d'action oblique ou même d'action paulienne, peu importe que le tiers saisi, débiteur du débiteur habite la même ville, la même province que celle où a été rendue la décision.

En Angleterre conformément à la R. I. de l'Ord. 45, le tiers saisi doit être domicilié dans les limites territoriales de la Cour devant laquelle la procédure de saisie-arrest a été poursuivie. C'est évidemment un fait curieux et qui entrave singulièrement la procédure d' « attachment of debts ».

Est indifférente d'ailleurs la qualité de la personne, objet de l'action, que ce soit une personne physique ou une personne morale ; il en est de même de la qualité du créancier qui poursuit.

Toute créance peut donc faire en principe l'objet d'un « attachment of debts » quelle que soit la somme.

Donc tous les deniers faisant l'objet d'une créance reconnue, peuvent être saisis-arrêtés depuis la réforme opérée puisque, avant la « judicature acts » seules les dettes sanctionnées par la Common Law bénéficiaient de cette procédure.

Actuellement on ne distingue plus entre les « equitable debts » et les « legal debts ».

De tout ce qui précède, nous pouvons conclure en indiquant que les conditions requises pour une créance sont les suivantes :

Il faut qu'elle soit certaine, liquide, qu'elle puisse être l'objet par le débiteur d'une réclamation en justice et ce qui constitue, en quelque sorte, une action oblique, que le tiers soit bien le débiteur du débiteur, enfin que la créance ne soit frappée ni d'insaisissabilité, ni d'aliénabilité.

SECTION VI. — La procédure, les exceptions et les effets de la décision.

Nous en arrivons à l'une des questions la plus intéressante relative à la procédure anglaise, en ayant dû évidemment ne pas aborder certaines difficultés tout à fait en dehors de cette procédure et qui ont fait l'objet de nos analyses antérieures. Elles ne pouvaient prendre place dans la discussion se rapportant au « garnishee order ». Il n'y avait pas lieu de tenir compte de certains éléments

comme la subrogation qui a pris une large part dans nos observations notamment pour la législation italienne ; la mise en demeure ne présente plus le même intérêt. Sans doute, faut-il, comme nous l'avons indiqué, que le créancier n'obtienne pas satisfaction, pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû en vertu de la décision de condamnation. Il y a également l'interrogatoire du « judgement debtor » précédant parfois la procédure d'« attachment of debts ». Ce moyen permettra au juge de connaître de la bouche même du débiteur quelle est la mesure des forces actives de son patrimoine. Il saura lui faire préciser quel argent liquide il peut posséder, quelles sont les valeurs dont il est propriétaire, il dira si les espèces ou les titres sont effectivement entre ses mains, où s'ils se trouvent entre les mains de tiers. Il peut exiger du débiteur un ordre c'est-à-dire une véritable délégation autorisant le créancier à toucher les sommes dues ou à se faire remettre directement les valeurs du débiteur de son débiteur, ce qui est évidemment la solution inverse du principe de l'action oblique.

Nous penserons qu'il s'agit là, toute proportion gardée, d'une véritable autorisation préalable, mais sans en avoir tous les caractères juridiques et les conséquences de droit.

Point n'est besoin pour le créancier de justifier de l'insolvabilité du débiteur, de sa négligence à exercer des poursuites ou même de son refus. Il ne faut même pas se demander si le créancier doit faire la preuve d'un intérêt sérieux si l'action aura un caractère vexatoire.

Il a droit à la procédure de l'« attachment of debts », nous ne devons pas chercher autre chose.

Dans ces conditions, demandons-nous quelles vont être les effets de la procédure obtenue vis-à-vis du débiteur

et vis-à-vis du tiers qui peuvent être des créanciers.

Nous sommes donc appelés à nous expliquer sur « l'order nisi ».

Pour se rendre compte de l'importance de cette décision, il faut connaître en quoi consiste ce « order nisi ».

La procédure se décompose en deux parties :

La « Master of Chambers » prend la décision d'ordonner la saisie « attachment » jusqu'à concurrence du montant de la somme due par le « judgment debtor ». Ici, nous devons signaler la différence qui existe avec la procédure française qui a pour effet de bloquer toute somme due ou à devoir par le tiers, soit qu'il s'agisse d'une ordonnance sur requête rendue par le Président du Tribunal Civil ou de l'opposition directement instrumentée, soit en vertu d'un jugement, soit en vertu d'un acte notarié, soit en vertu d'une reconnaissance de dette sous forme de traité acceptée par exemple. Le tiers saisi ne peut pas verser un centime sur le montant total de la dette qu'il doit au débiteur, ainsi peu importe pour lui de connaître le montant de la somme due au créancier de son créancier. Il l'apprend par la procédure mais il ne peut, se faisant arbitre de la situation, restreindre au montant de la créance réclamée l'opposition formée sur la somme qu'il doit lui-même. Il lui faudra pour cela une décision (référé ou jugement). En Angleterre, l'opération a lieu en une seule fois.

La seconde partie de la procédure consiste en une formalité assez semblable à la procédure de déclaration affirmative qui aboutira postérieurement au jugement de main-vidange. Toutefois, dans la procédure anglaise, si nous nous trouvons en présence d'une dette payable dans l'avenir, la deuxième partie de l'ordre sera régularisée ultérieurement quand la dette sera exigible en vertu des principes que nous

avons analysés plus haut. Passons sur les petites questions de formalités et de délai.

Le débiteur saisi va-t-il être prévenu de la prodécure dirigée contre lui ? Cette question délicate a été étudiée à propos de l'action oblique et nous avons eu à examiner les solutions qui avaient été envisagées dans les autres législations.

En droit anglais de profondes modifications ont été apportées à une date tout à fait récente. En effet la R. I. de l'ord 45 ne prévoyait pas la signification au débiteur de la décision rendue. Il pouvait ignorer complètement « l'ordernisi » et ses conséquences souvent désastreuses pour lui. Mais la R. S. C. de 1905 et de 1917 décide que « l'order nisi » doit être obligatoirement signifié au « judgment debtor », c'est-à-dire au premier débiteur du créancier poursuivant à moins que ce dernier n'ait eu connaissance antérieurement d'une façon indiscutable de la procédure engagée, preuve que le créancier est tenu de faire.

Nous avons résumé brièvement comment se présentait la procédure de l' « order nisi », ne nous étonnons pas maintenant des effets de cet « order nisi », et essayons de les comparer à ceux qui peuvent résulter du jugement obtenu à la suite de la procédure de l'action oblique.

Nous ne pouvons rien découvrir de semblable. En effet, trois personnes sont intéressées dans « l'order nisi », ce sont : le « garnishee », c'est-à-dire le tiers saisi ; le « judgment debtor » c'est-à-dire le débiteur ; le judgment creditor, c'est-à-dire le créancier. Nous retrouvons bien les mêmes personnes dans la procédure française de la saisie-arrêt et dans les procédures étrangères de même tradition. Trois personnes seulement sont intéressées, le créancier n'a travaillé que pour lui tout seul. Il n'a pas eu à s'inquiéter des autres

créanciers. Le but de l'action est tout à fait différent du but de l'action oblique car le résultat du procès fera rentrer la créance dans le patrimoine du débiteur. Cette créance deviendra alors le gage de tous les créanciers, il y aura lieu à distribution par contribution où chacun touchera au marc le franc sans distinction de créance, sans même se préoccuper du créancier poursuivant qui aura pris l'initiative de l'action. Il en aura assumé l'unique et entière responsabilité tant vis-à-vis du débiteur commun que vis-à-vis du tiers saisi.

Dans le droit anglais, l'application pratique du principe réservant au créancier l'unique privilège de sa poursuite résulte des formalités prescrites par la loi et de la marche même de la procédure.

Le « garnishee » est frappé pour ainsi dire d'une incapacité de disposer de la somme saisie-arrêtée. Va-t-il se libérer en payant alors le « judgment creditor » directement ? Il y a comparution des parties avant que l'« order » soit validé (made absolute) il semble qu'il puisse de bonne foi verser les fonds au créancier. Il n'en est rien, car ce règlement ne comporterait pas en soi libération vis-à-vis de son vrai créancier. Nous devons excepter le cas où la créance du débiteur a été sanctionnée par un jugement rendu en faveur de ce débiteur contre le « garnishee ».

« L'order nisi » est signifié. Le créancier va avoir une garantie dérivée du droit qu'il y a d'empêcher le « garnishee » de payer ce qu'il doit au « judgment debtor ». Mais le paiement ne peut être encore effectué entre ses mains (Re Walt Experte Jocelyn 1878, 8, Ch. D. 327 C. A. C. Re combined Weighinf and advertising machine, 1889, 43 Ch. D. 99 C. A. Norton, v. Yates, 1906, I. K. B. 112. Carney v. Bach, 1906, 2 K. B. 746).

La meilleure démonstration que nous puissions donner de cette situation peut se tirer du cas où le créancier du « garnishee » est une « company ». Si la « company » n'obéit pas à l'ordonnance le créancier poursuivant ne pourra pas réclamer la liquidation de cette compagnie (Re Combined Weighing and advertising Machine, 1889, 43 Ch. 99, C. A.).

Le « judgment creditor » est dans la même situation à ce point de vue que le créancier poursuivant de l'action oblique. Il n'a pas plus de droit contre le tiers saisi que le débiteur de ce dernier ; selon l'expression anglaise « he stands in his shoes ».

Il n'aura donc aucun privilège spécial vis-à-vis d'un cessionnaire ou de ce que le droit anglais appelle un créancier « mortgagiste » quand le cessionnaire ou le créancier « Mortgagiste » n'aura pas prévenu le « garnishee » soit de la cession soit du « mortgage » consenti par le « judgment debtor ».

Cette situation tout à fait particulière ne fait aucun doute dans la pratique anglaise et de nombreuses décisions de jurisprudence ont sanctionné définitivement ce principe (Badley v. Consolidated Bank (1888) 38 Ch. D. 238 C. Aj. 59 L. T. 419. Cole contre Eley, 1894, 2 QB. 180, Norton v. Yates (décision déjà vue plus haut). Re London Pressed Hinge Co Lf, 1905, Ch. 576 581 Leven 5 Matin 1907, 51 Sol 10 82 ; Pennington v. Cawe 1907 114 L. T. J. Q. 112., etc...).

En somme le créancier ne bénéficie en vertu de l'« order nisi » que de la partie du patrimoine du tiers saisi dont le « judgment debtor » aurait pu bénéficier au moment de la signification sans pouvoir nuire aux droits du tiers. C'est pourquoi d'ailleurs à l'inverse les tiers ne pourront rien tirer des conséquences de l'« order nisi » (Dallow v. Sarrold,

1884, 14. D. B. D. 543 Davis v. Freethy, 1890, 24 Q. B. D. 519 Glegg v. Bronley, 1912, 3. K. B. 474 A.).

Toutefois « l'order nisi » c'est-à-dire conditionnel ne vaut que vis-à-vis du « garnishee » en ce qui concerne justement ce caractère conditionnel. Vis-à-vis du judgment debtor » il est immédiatement définitif et le « judgment » aura droit exclusivement de recevoir les fonds du « garnishee » (Dictum du L. T. Cotton dans Re Watt Exparte Gosselyne, 1878, 8. Ch. D. p. 331).

Nous avons vu qu'il en était de même dans la procédure du paiement obtenu par l'action oblique quand la décision est devenue tout à fait définitive.

La procédure anglaise va rentrer dans une nouvelle phase pour obtenir une décision définitive qui va contraindre le « garnishee » à verser les fonds entre les mains du créancier poursuivant (order absolute) assez semblable en somme au jugement de main-vidange prévu par la loi française en matière de saisie.

C'est pourquoi nous n'avons pas à insister sur les différentes formalités, notamment la comparution des parties sur l'absence du « garnishee » à cette comparution sur les moyens de défense qu'il peut présenter pour empêcher cet « order absolute ».

Parmi ces moyens, retenons-en un qui est de règle dans toutes les législations et que nous avons signalé précédemment sous forme d'exception. Nous avons examiné le cas de la compensation que nous retrouvons ici. Le « garnishee » peut prouver qu'il est lui-même créancier vis-à-vis du « judgment debtor » mais il devra démontrer que sa créance a été définitivement établie avant la signification de « l'order nisi » sans quoi les droits du « judgment creditor » seraient sacrifiés. D'autre part, nous avons

écrit que dans cette procédure le créancier représente en quelque sorte le « judgment debtor ». Son rôle est donc semblable à celui du créancier poursuivant l'action oblique en droit continental.

Ainsi le « garnishee » ne pourra opposer la compensation au « judgment creditor » même quand il aura vis-à-vis de lui une créance liquide et exigible.

La question des effets du jugement définitif « l'order absolute » nous intéresse pour d'autres personnes, pour les tiers qui ont des droits à faire valider.

Parmi ceux-ci nous citerons les tiers qui sont, pour des raisons diverses, les débiteurs d'une créance, ceux aussi vis-à-vis du « garnishee » et on recommence vis-à-vis de ce nouveau débiteur les mêmes formalités de procédure que celle que nous venons d'examiner.

Une complication va naître dans un cas tout particulier qui est loin d'avoir en France un caractère semblable. C'est le cas où le « judgment debtor » est une « company ». Nous avons eu l'occasion déjà d'évoquer cette situation parce que les droits du judgment creditor ne peuvent priver les droits des créanciers obligataires de la dite company. Ces créanciers obligataires sont obligés de faire nommer un véritable séquestre (receiver) afin de sauvegarder leur garantie (crystallise their security).

En vertu de « l'order absolute » le « garnishee » va être contraint cette fois de verser entre les mains du créancier le montant des sommes suffisantes pour payer le principal et les frais.

1. Affaires Erans Ridal Grande Quarries et Sinotte, v. Bowden.

2. Nous laissons volontairement le cas de la faillite du garnishee, les dispositions qui le concerne n'auraient aucun intérêt dans cet exposé.

Les effets ressemblent donc à partir de ce moment à ceux qui résultent de la procédure de saisie-arrêt en France. Le créancier a travaillé pour lui seul. Il n'aura pas à craindre comme dans l'action oblique les difficultés d'une procédure de distribution par contribution. Il ne viendra pas au marc le franc avec les autres créanciers qui eux n'ont rien risqué et n'ont eu qu'à attendre le résultat de ses diligences ainsi que nous l'avons vu dans les autres législations. C'est exactement la même situation que celle du créancier poursuivant l'action paulienne en vertu de l'article 1167 du Code Civil français.

Disons en terminant que le « garnishee » comme le « judgment creditor » peut se pourvoir contre la décision du juge ayant prononcé ou refusé « l'ordre absolute » de même qu'en France, le créancier et le tiers peuvent en appeler contre la décision des tribunaux. Il y a deux degrés de juridiction.

Nous avons esquissé de notre mieux comment se présentait la question dans la législation de Grande-Bretagne, nous avons signalé les particularités de la Législation anglaise dans un même esprit et comment son évolution n'a été réalisée que très tardivement.

Nous avons été amenés à nous demander comment le créancier anglais allait pouvoir obtenir un jugement lui permettant de recouvrer ce qu'il lui est dû par-dessus la tête de son débiteur. Mais ce procédé n'a rien de semblable à l'action oblique, non seulement dans le principe juridique de l'action mais encore dans l'application pratique de ce que nous avons vu antérieurement.

Nous n'avons pu trouver rien de semblable à ce que nous avons vu dans les législations continentales, mais nous avons cependant tenu à examiner les différentes phases

de la procédure pour signaler ce qui pouvait amener une comparaison avec des résultats obtenus dans d'autres pays. Nous avons eu par conséquent occasion de reprendre quelques-uns des chapitres que nous avons étudiés, droits des créanciers, qualité de la créance, conditions de fond, conditions de forme, exceptions et effets de la décision.

Tout ceci ne peut avoir d'analogie qu'avec la saisie-arrêt qui n'entre pas dans le cadre de notre étude, mais nous devons, pour être complets, nous intéresser au sort du créancier anglais et nous rendre compte de quelles armes il peut se servir pour se faire rembourser.

Il a donc manqué à la législation anglaise, la grande tradition historique que nous avons constaté ailleurs, et qui est à la base de l'article 1166 du Code Civil français.

Faut-il regretter ? Peut-être.

Ce qu'il faut retenir, en effet, des théories juridiques, c'est le côté pratique de leur application. L'Angleterre ne paraît pas avoir à répéter l'action oblique ; rien ne prouve que l'évolution remarquable constatée au *xix^e* siècle n'arivera dans un avenir plus ou moins rapproché à assimiler les procédés des continentaux.

Dans cette matière comme dans d'autres il n'y a rien d'absolu et définitif.

TROISIEME PARTIE

DROIT ALLEMAND ET SUISSE

CHAPITRE PREMIER

L'ACTION OBLIQUE EN DROIT ALLEMAND AUTRICHIEN ET SUISSE

En abordant l'étude du droit allemand et du droit helvétique, puisque ce que nous dirons de l'un est acquis pour l'autre, nous nous trouvons dans une situation tout à fait différente de l'interprétation donnée par les législations françaises, égyptiennes et italiennes sur les droits des créanciers vis-à-vis de leurs débiteurs et surtout à l'égard des débiteurs de ces derniers.

Le nouveau recueil Code Civil allemand, ainsi d'ailleurs que le recueil Fédéral suisse, a ignoré volontairement l'action oblique telle que nous la concevons.

Cette absence tient à ce fait que le nouveau Code Civil allemand de 1900 n'a vu le jour que dans des conditions tout à fait particulières et après un siècle environ de travaux, recherches, discussions, résolutions, mémoires, influencés beaucoup plus par l'esprit philosophique et politique des hommes d'État et par l'esprit particulariste des hommes de doctrine que par la claire vision des réalités. C'est l'accord des parlementaires qui a présidé à l'élaboration du Code.

Cependant cette œuvre fondamentale et nécessaire aboutit enfin à établir une règle générale imposée à l'Allemagne et qui finit par accorder divers courants juridiques différent, assez analogues à ceux qu'avaient connus les rédacteurs du Code Civil ; mais il n'avait pas fallu à ces derniers un siècle pour aboutir.

La première École, « l'École des Pandectes » voulait imposer une loi dont l'essentiel était l'expression de la tradition romaine ne laissant aux autres sources du droit qu'un rôle de second plan et tendant à ne conserver aux coutumes locales que la part strictement utile pour éviter la réaction des coutumes et des villes.

L'autre École désignée sous le nom de « Droit privé allemand » tendait à la résurrection des anciennes lois, des très antiques coutumes, de vieilles institutions périmées qui avait durant des siècles servi de législation intérieure et contenté d'une façon archaïque les populations, rurales principalement : cette École représente en somme la tradition de la race germanique.

Mais cet état de fait était particulièrement funeste dans la réalité.

Et nous avons vu d'ailleurs à propos de l'Angleterre cette fâcheuse situation où existe une séparation entre la théorie et la pratique comme le dit M. le professeur Raymond Saleilles dans son introduction à l'« Étude du Droit Civil allemand », p. 39.

Nulle part la situation en soi si regrettable entre la théorie et la pratique ne s'était faite plus intense et plus irréductible.

Nulle part aussi, si ce n'est en Angleterre, le droit n'était resté aussi complètement étranger à la vie populaire du pays.

Qui donc, en dehors de professionnels ou du public lettré,

aurait pu connaître un droit contenu seulement dans les livres de sciences et de doctrines et s'intéresser par suite à la vie juridique de la nation : il était temps que ce divorce cessât ; il fallait que le droit devint pour la conscience du peuple ce qu'il est en réalité : un facteur essentiel de la vie nationale.

Pour se rendre compte en effet de cette situation il faut se représenter que pendant plus d'un siècle l'Allemagne a cherché, a tâtonné, a hésité avant de rompre avec le passé.

De quoi était-il principalement édifié ? un code du Code Prussien « *Preussisches Allgemeines Landrecht* » avec ses origines curieuses, l'Ordonnance initiale de Frédéric le Grand du 31 décembre 1746 et les consciencieux travaux de Von Carner ; ce Code ne put cependant rentrer en vigueur qu'au 1^{er} juin 1794 sous le nom de *Allgemeines Landrecht für die Königliche Preussische Staaten*.

Il était en réaction profonde contre la tradition du droit romain, notamment contre le *Codex Bavaricus* plus connu sous le nom de « *Codex Maximilianeus bavaricus* » du jurisconsulte Kreittayr (1756).

La grande Impératrice Marie-Thérèse d'Autriche s'était de son côté préoccupée de la question du Code. Mais le Code autrichien « *Oesterreiches Allgemeines Bürgerliches Gessetzbuch* » ne parut que le 1^{er} janvier 1812. Il avait tendance comme le Code prussien à s'affranchir de la tradition romaine ; c'est pourquoi il finit même par être appliqué dans certaines parties de la Bavière, justement à cause de son opposition avec le *Codex bavaricus*.

Le Code de Bade (1809), *Badische Landrecht*, n'était que la traduction allemande adaptée du Code Civil français ; il en était de même pour les pays Rhénans.

Nous abrègerons volontairement cet exposé juridique qui sortirait du cadre de nos travaux, mais il était important de le rappeler pour comprendre la grande bataille scientifique qui s'engagea en Allemagne dès le congrès de Vienne en 1815 et qui après des heurts et des obstacles se termina par le Code de 1900 ; les exemples que nous venons de citer montrent bien quelle a pu être la lutte entre ces différents courants.

Il a d'ailleurs fallu dans les derniers temps des discussions une véritable discipline pour arriver au vote définitif du 18 juillet 1895, en ce qui concerne le Reichstag ; le Bundesrath l'adoptait le 14 juillet suivant et l'Empereur le signa le 18 août, il fut promulgué dans le *Moniteur de l'Empire* du 28 août 1896.

Cette rapidité s'exprime par le désir qu'avaient tous les Allemands d'aboutir dans un but purement national.

A ce sujet, il est bon de rappeler la citation d'un théoricien lui-même résumant la situation. F. Storck (*das Burgerliche Gesetzbuch und der Gesetzungsapparat des deutschen Reiches* publié dans le « *Festgabe der Greifswalder Juristen Facultatem fur E. I. Bakker* ») (*Geirfswal*, 1899, p. 137).

Le Reichstag s'est rapproché beaucoup plus des traditions anglaises que de l'esprit français.

En manière constitutionnelle les Anglais se contentent de fictions et d'apparences ; il leur suffit de maintenir le principe tout nominal de droits qui ne s'exercent plus. C'est une réserve qu'ils gardent pour l'avenir, pour le cas où il y aurait nécessité de faire de la fiction une réalité ou plutôt d'en susciter la menace. Le Reichstag allemand a préféré transiger sur la question du droit d'amendement ou de discussion ou même y renoncer partiellement,

plutôt que compromettre l'œuvre nationale de la codification du droit privé.

L'Unification du droit national privé était réalisée d'une façon absolue, rien ne peut plus subsister dans l'Empire en dehors de lui ; toutefois il ne pourra être fait obstacle à l'application des grandes lois fédérales établies antérieurement et notamment certains Codes comme la loi sur le Change, le Code de Commerce, la loi des Faillites, le Code de Procédure Civile ; l'action oblique étant complètement passée sous silence dans le nouveau Code allemand, le crancier ne pourra donc user que des droits qu'il tiendra au point de vue pratique, non du Code Civil, mais du Code de Procédure Civile ; car il ne s'agira plus de la discussion d'un principe de droit civil qui n'aura même pas été abordé, mais d'une procédure d'exécution par voie de saisie ainsi que nous l'avons vu dans la législation particulière de l'Empire Britannique.

Allons-nous avoir une solution pour trouver la formule qui s'approcherait de notre thèse dans le principe beaucoup plus vaste et trop vague à la fois que représente l'autonomie de la volonté au point de vue de la liberté des contrats et de la solution de leurs conflits.

Nous ne pouvons guère avoir confiance dans ces principes à partir du moment où les parties qui ne sont pas éclairées d'une façon spécifiquement juridique sur les conséquences des résolutions qu'elles prennent ne se servent des prescriptions édictées par la loi que comme de mauvais ouvriers se servent de bons outils.

Nous avons lieu d'être surpris si on considère d'autre part quelle a été en réalité l'influence du droit romain.

M. Salleille nous a donné l'explication (*loc. cit.*, p. 55). Certaines théories générales du droit des Pandectes

avaient une valeur universelle, surtout depuis la fondation du nouvel Empire par l'effet même de l'influence unitaire exercée par la loi suprême de l'Empire, et c'est ainsi qu'un grand nombre de fragments, si l'on peut dire, du droit territorial devait se compléter au point de vue pratique par l'application positive du droit romain moderne.

Il ne s'agit pas d'ailleurs d'une pure question de forme ; à ce point de vue la tâche du traducteur du droit civil allemand est des plus difficiles contrairement à ce qui s'est passé pour les textes législatifs anglais.

Un des grands juristes allemands Otto Grosdenwitz dans son œuvre *Worterverzeichniss Zum B., 6, B* (Berlin, 1902) a publié à ce sujet un véritable dictionnaire sous forme alphabétique de tous les mots employés dans le nouveau Code, avec l'indication des articles et des paragraphes où ils étaient employés ; il y a une véritable langue juridique allemande avec une interprétation indispensable de la terminologie employée ; les mots les plus importants peuvent être compris de multiples façons et, comme dit M. Saleilles (*op. cit.*, 114) « Une traduction française du Code Civil allemand eût été à peu près impossible dans un ouvrage comme celui de M. Grosdenwitz, puisque seul, en permettant une étude détaillée des différents emplois d'une expression allemande, il pouvait faciliter la recherche du mot français correspondant, qui dût autant que possible convenir à toutes les applications extérieures. »

Et c'est pourquoi la tâche est lourde à ceux qui n'interprètent pas directement le texte allemand dans la langue elle-même.

Pour la question qui nous intéresse, nous aurions pu trouver dans le droit allemand les traces, même une allusion à cet état de droit particulier qui découvrit l'action oblique,

puisque le droit romain avait donné tout le système juridique au droit allemand, en s'appuyant sur ses principes, avec les procédés de déduction et des méthodes appropriées.

Nous avons énoncé au début de cet exposé que la Confédération helvétique avait elle aussi pris ses inspirations dans les travaux des juristes allemands, abandonnant à la fois la tradition romaine perpétuée dans le droit civil français pour suivre le nouvel enseignement des créateurs du Code.

Comme l'Allemagne, la Suisse a connu pendant de nombreuses années les inconvénients d'un droit civil chaotique, pour employer l'expression du landamman E. Bloesch : dès 1853 il constatait l'existence de 26 législations différentes pour une nation de 2 millions d'habitants, il concluait en précisant que cette situation juridique était incohérente et insuffisante, M. le Conseiller d'État bâlois Burckard Furstemberg qui avait été le premier chargé d'étudier la question, avait tout de suite manifesté ses préférences sur les travaux des juristes allemands : Le règlement général allemand sur la lettre de change avait paru (1856), le Code de Commerce allemand également en 1856.

Mais le projet connut le même sort que les différents projets allemands, et il a fallu des années pour établir enfin ce « Code fédéral des obligations » qui apportait tant de perturbations dans sa conception depuis le jour où Munzinger fut officiellement chargé par le Conseil Fédéral de réaliser cette œuvre (Décision du 22 août 1863).

Les commentateurs des Codes eux-mêmes n'hésitent pas à reconnaître que la législation helvétique est calquée sur la législation elle-même de l'Allemagne.

Bien mieux une législation commune admettait l'action paulienne (art. 1167 du Code Civil français) et nous lisons dans le livre de Scherer : Principales différences entre le Code Napoléon et le Code Guillaume II. « L'effet des conventions est adopté dans les deux législations : c'est le texte français de l'article 1165 du Code Civil » ; l'auteur ajoute : « Le principe de l'article 1165 est adopté par le Code Guillaume II, cela va sans dire ». Or le célèbre article 1166 sur l'action oblique, est rejeté par le Code Guillaume II.

D'après la loi allemande, les créanciers doivent saisir et se faire céder l'action ou le droit spécial de leur débiteur par le juge d'exécution : ils peuvent alors exercer le droit ou l'action.

Quant à l'article 1167, l'action paulienne, il est remplacé en Allemagne par une loi spéciale de 1879-1899.

Nous lisons d'autre part dans Rossel (p. 169 de son Manuel de Droit fédéral des Oglibations suisses) : « On aurait pu exprimer ici un principe analogue à celui de l'article 1166 du Code Civil français, car les créanciers sont très imparfaitement protégés par le Code de 1881, mais la révision de 1911 n'a pas porté sur ce point et la loi suisse ne consacre nulle part, même indirectement, la solution du Code Napoléon.

« Quelle va donc être la situation des créanciers des parties sans parler de l'action paulienne ou révocation ? dit M. Rossel (*op. cit.*, par. 241, p. 170). » Nous venons de constater que les créanciers n'ont plus la faculté que leur accordait l'article 1166 du Code Civil français, les créanciers pouvant exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Notre Code a implicitement adopté la solution contraire (celle du droit allemand) à celle du droit français

en sorte que les créanciers ne pourraient exercer les droits et actions de leurs débiteurs que par la voie d'exécution forcée (poursuite) et faillite. Ainsi le débiteur qui aurait une action personnelle contre un tiers et négligerait de l'intenter ne verrait pas ses créanciers l'intenter *de plano* à ses lieu et place. En droit suisse, ils ne pourront jamais résussir qu'à la suite d'une procédure d'exécution dirigée contre le tiers débiteur.

Nous voici donc en face de textes éminemment clairs sur la question qui nous occupe.

Ils sont tout normalement les fruits d'une conception générale de la vieille tradition allemande sur le principe même des obligations; tradition opposée, nous l'avons vu, à la tradition romaine; la base de toute obligation d'après cette dernière c'était le nexum qui liait deux parties, mais le tempérament de la race allemande ne s'attardait pas à cette idée abstraite; il avait en vue la prestation elle-même qu'un individu a le droit d'exiger et que l'autre ne peut pas méconnaître; cette interprétation, éminemment concrète de la notion d'obligation, amène certains résultats pratiques en droit germanique: par exemple l'idée de substitution d'une personne à une autre se sera très facilement fait jour; peu importe l'individu c'est la prestation qui compte.

Certaines dettes prennent un caractère tout à fait réel, alors que leur origine ou leur qualité ne les classent pas ainsi d'une façon spéciale: elles subiront le sort de certaines espèces de bien; telles celles qui se rattachent aux fiefs ou majorats; elles grèveront ce fief ou ce majorat sans qu'on ait à s'occuper de la personne du détenteur.

Il n'en est pas moins vrai que dans le cas de substitution d'un tiers à un débiteur, ainsi que nous le disons dans un des cas envisagés plus haut, elle se réalise dans les con-

ditions les plus larges soit quand il y a accord des intéressés, soit souvent à la suite de certains actes comme la vente par le débiteur d'une maison hypothéquée.

C'est pourquoi dans l'étude du droit germanique la méthode consistera à s'occuper avant tout de l'objet du contrat et non de la nature du droit.

C'est pour cette raison que, loin de la tradition romaine, on ne peut songer à l'établissement ou à la survivance très minime de l'action oblique.

Le droit de créance se manifeste d'une façon tellement réelle qu'on trouve encore des restes de l'ancien droit de se faire rendre justice directement sans s'adresser aux tribunaux ; la légitimité de l'acte de violence du créancier vis-à-vis du débiteur ; c'est le principe de sa propre défense.

Ce droit de se faire justice sans autre formalité était déjà existant avant le Code Civil allemand dans les législatures prussiennes (Landrecht prussien, I, 14, 130. Caxonne Code Art. 438) Bavarius (Bav. 1) notamment en cas d'incursion de personnes et d'animaux causant des déprédations dans un domaine particulier ; le propriétaire alors même qu'il n'y avait aucun délit pouvait s'emparer de l'individu et le faire jeter en prison, ou retenir les animaux jusqu'à réparation, principe qui paraît monstrueux aux législateurs de tradition romaine, transformée par le temps, humanisée, respectant avant tout le droit et les formes du droit.

Ayant montré par cet exemple frappant quelle était la conception de la tradition germanique et ayant constaté l'absence absolue de tout ce qui peut, d'accord en cela avec la loi anglaise, ne laisser que la saisie ordinaire comme droit de réalisation entre les mains du créancier, disons quelques mots des conditions de cette exécution comme nous l'avons fait pour la partie de notre exposé concernant

l'Empire Britannique : ce qui suit s'applique à la fois aux législations allemandes et suisses et aussi à la législation autrichienne avec, pour cette dernière, une curieuse modalité.

Tout en arrêtant le champ de nos études aux législations allemandes et helvétiques il nous paraît très intéressant de signaler la conception juridique d'un autre pays sur la question particulière qui nous occupe parce que ce pays a suivi la tradition allemande de la refonte des Codes et plus particulièrement de son Code Civil, nous voulons parler de l'Autriche.

Nous avons déjà eu l'occasion d'y faire allusion au moment où nous avons parlé des origines du droit civil allemand moderne.

Nous avons parlé de l'initiative de l'Impératrice Marie-Louise et à la réalisation de ses vœux sous Léopold II. Nous avons même noté, au hasard, les progrès de cette codification qui avaient été tels que certaines régions de Bavière l'avaient adopté pour lutter contre l'influence du Code bavarois d'une inspiration purement traditionnelle en faveur du droit romain.

Nous allons cependant trouver à propos de l'action oblique quelque chose de tout particulier et qui rappellerait les germes de cette action par conséquent tout à fait en dehors de la pure conception doctrinale allemande.

A vrai dire une action telle que nous l'avons conçue dans les législatures qui connaissent cette forme de recours.

Un créancier ne peut agir directement contre le débiteur de son propre débiteur.

Il y a toutefois une procédure analogue à l'article 1166 du Code Civil français, quant à la saisie des créances (art. 294-313 du règlement des exécutions).

Le créancier A... peut en effet quand il a contre son débiteur B... un titre exécutoire et que B... n'agit pas en vertu de son propre titre contre son propre débiteur C..., entamer la procédure d'exécution de B... contre C... — Dans ce but A... saisit le tribunal d'exécution de son intention par une requête spéciale qu'il joint au titre exécutoire qu'il a contre son débiteur B...

Le tribunal d'exécution rend une décision notifiée à A... le créancier, B... son débiteur, et C... le débiteur de ce dernier ; B... ne pourra plus dorénavant disposer de la créance qu'il avait sur C... jusqu'à la valeur de la somme due au créancier A... C... est informé que le créancier A... a acquis sur lui un droit de saisie sur la dette due à B... A... d'autre part perd son droit d'agir sur B...

Un délai de quatorze jours est imparti à C... durant lequel il est dans l'obligation de faire connaître s'il est ou non véritablement débiteur de B... et il est responsable vis-à-vis de A... des dommages pouvant résulter d'une fausse déclaration.

Dans le cas où C... ne conteste pas ou confirme la réalité de sa dette vis-à-vis de B... le montant de sa dette est attribué au créancier du créancier à l'expiration du délai. Entre temps le débiteur B... est tenu de fournir à son créancier A... les documents ou titres certifiant de sa créance contre C...

L'assignation qui suivra va alors permettre à A... agissant au nom de B... son débiteur de réclamer directement à C... le montant de la somme due et en cas de refus d'entamer la poursuite d'exécution.

Nous avons tenu à signaler cette procédure spéciale qui tient à la fois de la procédure de l'action oblique et de la saisie-arrêt.

Notre exemple démontre comment elle se rattache au deux procédures. Dans l'ensemble nous sommes beaucoup plus dans le domaine des voies d'exécution que dans le domaine d'une action civile pure.

C'est une sorte de procédure préparatoire qui se termine par un droit direct du créancier poursuivant sur le tiers débiteur, mais il faudra néanmoins que les créanciers intentent un véritable procès ; la dernière partie de la préparation à la procédure de demande en paiement vis-à-vis du deuxième débiteur est assez semblable, avec beaucoup plus de simplicité, au jugement de déclaration affirmative qui, dans le droit français, mettra définitivement seul en présence le créancier et le deuxième débiteur.

Un point est intéressant à retenir : quand le délai de quatorze jours est expiré, le créancier qui a reçu l'accord du tiers saisi ou qui a le droit de recourir sur lui, ne va pas agir en son nom propre, mais bien aux lieu et place de son propre débiteur et nous retrouvons ici la trace de la fameuse théorie de la subrogation préalable ; en effet, le débiteur principal B... doit remettre à son créancier A... tous les documents pour agir contre C...

Nous ne pouvons nous étendre plus longuement sur cette action de droit très intéressante au point de vue de la législation comparée dans l'étude que nous avons entreprise.

Les renseignements que nous venons de donner sur le droit du créancier en Allemagne et en Suisse ; l'absence d'une procédure d'exécution forcée au nom de leur débiteur, ne nous permettent pas de poursuivre plus avant notre étude puisque l'action oblique est inconnue dans ces pays ; mais il nous a paru intéressant, comme nous l'avons fait

au sujet de la législation anglaise, de présenter quelques observations sur ce qui peut, dans la procédure de saisie, se rapprocher des obstacles rencontrés dans la procédure de l'action oblique. Il faut se placer maintenant dans la situation du créancier allemand qui, en l'absence de voie indirecte, va procéder par exécution : mais cette exécution va-t-elle être possible en tout état de cause dans toutes les espèces ? Il y aura des conditions de forme et de fond. Voyons si ce sont celles requises d'une façon générale par l'article 1166 du Code Civil français...

Nous allons retrouver les différents obstacles déjà signalés dans notre exposé : le « Zivilprozessordnung » qui réglemente cette procédure, est bien antérieur au Code Civil allemand puisqu'il remonte à 1877, un recueil plein d'intérêt de tous ces travaux préparatoires concernant chaque partie a été publié en 1880 par le Secrétariat de la Justice sous le nom de : « Die gesammten Materialien zur Zivilprozessordnung und die Einfuhrungsgesetz » ; cette œuvre permet donc de connaître d'une façon complète les intentions des auteurs du Code de procédure.

Notons, en passant, que contrairement aux principes émis par les juristes et les hommes d'État anglais, on admet, on recommande même aux magistrats de s'inspirer de tous les travaux préparatoires pour rendre leur jugement : c'est donc notre principe français qui est appliqué en l'espèce.

Examinons donc les conditions d'exercice des procédures de saisie en général : nous n'avons aucun intérêt à faire une étude spécialisée de chacune d'elles ; de même puisque nous avons tout de suite établi qu'en matière d'action oblique on ne se préoccupait pas de la qualité de la garantie affectée à la créance.

Qu'elle comporte comme garantie par exemple une hypothèque ou un nantissement, la question n'a pas d'importance pour l'avenir de l'action oblique ; et c'est pourquoi la variété des procédures d'exécution ne nous intéresse pas.

Étudions les conditions d'ensemble de ces procédures. La première question qui se pose concerne le pouvoir d'action du créancier à cause des conséquences très graves, irréparables, des procédures engagées.

Il importe donc avant tout que le créancier possède un titre exécutoire et nous notons de suite la grande différence de situation avec l'action oblique et, plus particulièrement, avec la décision du principe tracé par le nouvel article 106 du projet du Code franco-italien.

L'exécution ne pourra être opérée que grâce à l'intervention de certains offices publics sous le contrôle du Tribunal, car il est des biens par nature qui sont insaisissables et nous en arrivons aux exceptions qui peuvent soulever un tiers saisi, nous avons vu quels étaient les droits du débiteur.

Enfin le droit allemand exige un commandement préalable.

Nous trouvons les résumés de ces dispositions dans les articles 704 à 801 du Z. P. O. (nous appelons ainsi le *Zivilprozessordnung*).

Certains de ces articles toutefois (788 et suivants) s'occupent plus spécialement de l'exécution.

D'autres s'occupent des formalités (722 et 723).

Voici donc les conditions d'exercice de la procédure.

CHAPITRE II

CONDITIONS D'EXERCICE DE LA PROCÉDURE

a) *Titres exécutoires.*

Ils se rapprochent, en somme, de ceux que nous connaissons en droit français. Ce sont : premièrement les jugements passés en force de chose jugée (art. 704, Z. P. O.) même ceux comportant une exécution provisoire nonobstant toute voie de recours, dans les mêmes cas que ceux prévus en droit français ; deuxièmement les procès-verbaux constatant des transactions faites en justice (art. 794, 1 et 2) ordonnance de taxe (même article) certaines décisions exécutoires ; troisièmement les actes notariés.

Par conséquent, il ne peut être question de créances seulement échues et encore plus à terme ; le titre exécutoire est obligatoire comme dans les autres législations d'ailleurs.

Nous n'avons pas à nous attacher aux incidents de procédure quant à la forme ni des tribunaux ou du magistrat compétent pour les régler.

b) *Les biens insaisissables.*

Les articles 811 et suivants du Z. P. O. protègent bien plus efficacement les débiteurs saisis non seulement par la procédure même, mais aussi par le nombre important des exceptions.

Non seulement, il faut comprendre tous les cas prévus par les Codes français, égyptien, italien et anglais soit qu'ils se rattachent à des restrictions prévues dans la procédure d'exécution, soit qu'ils se rattachent à l'action oblique, comme certains biens de famille, les rentes sur l'État, les traitements des pensions des fonctionnaires, les salaires ouvriers (lois d'Empire du 21 juin 1869). L'article 11 du Z. P. O. permet, par exemple, qu'un cultivateur saisi conserve les instruments et le bétail dont il a besoin pour l'exploitation, les engrais et les produits agricoles nécessaires jusqu'à l'époque où des produits semblables peuvent être récoltés.

D'autre part, l'article 851 prescrit qu'une créance n'est saisissable que dans la mesure où elle est cessible sauf le cas où une créance déclarée incessible par convention a un objet saisissable.

L'article 852 n'autorise pas le créancier à saisir les droits d'un héritier sur sa réserve, le droit à réduction des libéralités excessives ou la créance en restitution d'une donation pour indigence du donateur, que du jour où ces droits sont reconnus par contrat ou réclamés en justice; l'article 813 prévoit l'expertise des fruits, bestiaux et instruments agricoles excédant 1.250 francs (de monnaie française) en cas de saisie faite chez un cultivateur.

L'article 119 du Code des assurances sociales du 19 juillet 1911 interdit de saisir les créanciers des intéressés sauf autorisation donnée de l'Office des Assurances.

Nous arrêtons là cette énumération, mais nous notons un certain nombre de cas que nous avons eu l'occasion d'examiner précédemment.

Naturellement il ne peut s'agir d'obligations comportant par exemple compensation entre les tiers et le débi-

teur ni en général des exceptions dans le sens civil du mot.

COMMANDEMENT

Nous avons étudié la fameuse question de la mise en demeure préalable avant l'action oblique et nous avons fini par rallier l'opinion précisée dans le projet du nouveau Code italien : la mise en demeure n'est pas nécessaire, à cause des dangers qu'elle peut présenter pour le débiteur de mauvaise foi qui, prévenu par un exploit, peut s'arranger avec son propre débiteur.

La mise en demeure n'est pas utile non plus et l'article 750 Z. P. O. prévoit que la saisie peut commencer dès la signification du jugement.

Le Z. P. O. estime qu'ayant connu la décision rendue, le débiteur doit s'attendre à tout.

Nous voyons donc déjà comment se dégagent certaines particularités qui se différencient ou se rapprochent des cas envisagés dans les autres législations.

LE TIERS SAISI

La procédure de saisie-arrêt est plus spécialement traitée dans les articles 829 à 863 Z. P. O.

La profonde différence entre les législations française et allemande réside dans le fait qu'en procédure allemande un titre exécutoire est nécessaire. On ne peut, comme dans les articles 557 et 558 du Code de Procédure Civile français agir *de plano* ou avec une autorisation du juge ; il faut en plus une autorisation du juge jointe au titre exécutoire ; toutefois la loi prévoit une formalité (art. 845 Z. P. O.) qui autorise le créancier à faire immédiatement signifier au débiteur et au tiers, sans décision du juge, un avis les

informant qu'une saisie est imminente : cette formalité produit les effets d'une véritable saisie conservatoire c'est-à-dire rend provisoirement indisponible la créance que le débiteur a contre le tiers, mais cette situation ne doit être que provisoire.

Il n'est pas besoin en Allemagne, de demande en validité, le débiteur peut toujours donner main levée.

Quels vont être les effets de la saisie ? La créance saisie ainsi arrêtée est indisponible.

Et les articles 832 et 833 indiquent que le droit du gage acquis de cette façon s'étend au terme à échoir de la créance, ainsi qu'à ses augmentations, par exemple en cas de traitement, quand la chose est possible ; mais nous allons voir une autre différence entre le droit français et les législations analogues d'une part et le droit allemand d'autre part ; c'est que le premier saisissant est le premier privilégié par rapport aux autres. L'indisponibilité est d'ailleurs maintenue, elle permet les autres saisies qui se manifestent. Il ne s'agira plus, pour le créancier saisissant de travailler en faveur des autres créanciers sans en tirer des avantages exclusifs, comme nous le voyons en France pour la saisie-arrêt, sauf application éventuelle de l'article 567 du Code de procédure civile tel qu'il a été modifié par la loi du 17 juillet 1907, ainsi que pour l'action oblique.

La procédure se termine par une déclaration affirmative.

L'article 840 précise que le saisissant doit en signifiant la décision au tiers saisi le sommer à déclarer : 1^o si, et dans quelle mesure il se reconnaît débiteur du saisi et s'il est près à effectuer le paiement ; 2^o si d'autres personnes élèvent des prétentions sur cette créance et quelles sont ces prétentions ; 3^o si la créance est déjà saisie par d'autres créanciers et en raison de quelles prétentions.

Si la créance a pour objet de l'argent, une décision du juge lui attribue à due concurrence la créance saisie-arrêt.

L'article 835 précise alors que le saisissant est tenu de faire signifier la décision au tiers saisi et au saisi de la même façon que celle qui a ordonné la saisie.

A partir de ce moment, on peut dire que le tiers saisi devient le débiteur direct du créancier, bien que la loi allemande prévoit deux modalités différentes, suivant que l'on considère la décision comme faite à titre de paiement ou à titre de recouvrement ; cette procédure ne s'applique pas d'ailleurs uniquement aux créances des sommes d'argent, mais également aux autres droits patrimoniaux (art. 857).

Nous devons pour être complets et sans entrer dans les détails préciser que, parmi les saisies dont le créancier peut user il y a la saisie conservatoire qui a un rôle bien plus important qu'en France.

Sous le nom de « Dinglicherarrest » le Z. P. O. prévoit une saisie conservatoire d'une nature universelle dont on peut se servir, sous le contrôle du juge, pour n'importe quel débiteur, que le créancier ou le débiteur soient commerçants ou non : on voit donc un champ d'application beaucoup plus étendu en Allemagne qu'en France à cause des restrictions de l'article 172 du Code de Commerce français.

Nous avons sommairement examiné la procédure d'exécution en Allemagne. Nous n'insisterons pas davantage puisqu'il ne s'agit pas en réalité de l'action oblique et puisque les principaux cas d'espèces ressemblent beaucoup à des procédures de saisie française, et même anglaise, bien que ne requérant pas les mêmes formalités et n'aboutissant pas aux mêmes résultats.

Nous avons noté les points essentiels qui méritent d'être

retenus : la nécessité d'un titre, les exceptions d'insaisissabilité, la mise en demeure et le caractère privilégié de chaque saisie sur la créance créant un rang par ordre chronologique, pour ainsi dire un rang d'ancienneté, le premier inscrit primant l'autre comme en matière hypothécaire, voilà comment se présente l'ensemble des procédures de tradition germanique suivies en Allemagne, en Suisse, en Autriche.

Nous répéterons ici ce que nous avons dit lors de notre conclusion sur le droit anglais et nous aboutissons à la même impression.

Il serait souhaitable que cette législation s'assouplisse comme les législatures de tradition romaine. Mais le remaniement relativement récent de tous les Codes ne permet pas d'espérer cette réalisation. La pratique par décisions des tribunaux y parviendra-t-elle indirectement ? C'est peu probable.

Nous avons précisé au début de nos explications sur le droit allemand que l'exposé que nous en ferions s'appliquerait également au Droit suisse.

En effet, la loi fédérale sur les poursuites et les faillites, promulguée le 11 avril 1889, reproduit dans son ensemble, tout au moins en ce qui concerne la procédure de saisie qui nous intéresse, les prescriptions de la loi allemande.

Tout d'abord des juges spéciaux vont s'occuper des créanciers : des juges sont répartis dans des offices qui siègent dans l'arrondissement (art. 2).

Avant toute poursuite le créancier devra présenter requête (*Betreibungsbegehren*) en vertu de l'article 67 : toutefois point n'est besoin d'avoir un titre exécutoire :

si le créancier n'a pas de titre il devra exposer les causes de son obligation.

Commandement de payer est alors présenté au débiteur qui peut faire opposition ; cette opposition est levée de plein droit au profit du créancier quand il se trouve dans l'un des cas prévus par les procédures allemandes ou françaises : jugement définitif, transaction judiciaire ayant force exécutoire, reconnaissance de dette notariée ou même sous seing privé quand la dette a été reconnue.

Vingt jours après le commandement il y a saisie ; et la procédure continue dans des formes assez semblables à la procédure allemande. Les exceptions que peut soulever le débiteur sont à peu près les mêmes, mais il est un point capital pour lequel la législation suisse se sépare complètement de la législation allemande : c'est la reconnaissance, en Allemagne, du privilège de gage instauré au bénéfice du créancier qui poursuit le premier la saisie. En droit français le créancier poursuivant n'a pas d'avantage personnel à le faire et les effets de l'action bénéficieront à tous les créanciers au marc le franc sans s'occuper des dates des procédures engagées.

La loi fédérale a adopté une troisième solution.

Le saisissant aura un droit de préférence (art. 110) sur l'objet saisi, mais ce droit sera contre-balancé et donnera lieu à une participation si d'autres créanciers diligents saisissent à leur tour dans un délai très bref (Reichel, *Commentaires*, p. 99 et suiv.).

C'est une faillite civile limitée à une partie de l'actif au profit des créanciers les plus diligents.

CHAPITRE III

PAYS QUI N'ADOPTENT PAS L'ACTION OBLIQUE

Pour terminer l'exposé sur l'action oblique il nous reste à parler de divers États qui, à l'instar de l'Allemagne, n'ont pas de textes sur les droits des créanciers envers les débiteurs de leurs débiteurs. Toutefois pour la protection des créances, nous relevons des dispositions qui, soit prévoient des actions directes, soit admettent pour des cas déterminés une procédure qui peut être comparée aux législations française et germanique.

Le Portugal, à la différence de son unique voisin, ne possède pas un texte général. Mais les créanciers paraissent munis d'une action sous le contrôle des tribunaux. D'après l'article 2040 du Code Civil, l'autorité judiciaire peut autoriser les créanciers à accepter les successions échues aux débiteurs. En cas de nullité, ils sont admis à agir par une sorte d'action paulienne, c'est-à-dire non pas obliquement, mais en leur nom. S'il y a nullité relative, ils ont le droit d'agir pour la révocation d'un contrat passé au préjudice des tiers. Il semble qu'ils soient désignés par cette expression et qu'ainsi ce que nous appelons l'action paulienne puisse être exercée.

Ancienne colonie portugaise, les États-Unis du Brésil, comme l'ancienne métropole, n'ont pas subi, sur la question qui nous occupe l'influence romaine. Comme la légis-

lation portugaise, le Code brésilien admet les créanciers avec autorisation de justice à accepter une succession répudiée par le débiteur. L'article 1588 dit que « quand l'héritier en renonçant à sa succession porte préjudice à ses créanciers, ceux-ci pourront avec l'autorisation du juge accepter la dite succession en renonçant. Dans ce cas, après le paiement des dettes du renonçant le reliquat reviendra aux héritiers ». Il y a là, comme dans le droit portugais, une disposition spéciale, analogue à notre article 788, qui se réfère aussi bien à l'action paulienne qu'à l'article 1166. Et cette comparaison s'impose d'autant plus que le texte brésilien n'est pas applicable aux successions testamentaires. Or, en France, le droit des créanciers, basé sur l'article 788 est très controversé lorsque le débiteur est légataire, non héritier.

La législation du Chili ne contient pas, comme celle de l'Espagne, comme la législation argentine, un texte sur l'action oblique. La doctrine admet cependant que le droit général de gage sur les biens du débiteur doit être sanctionné par la faculté d'exercer les actions du débiteur, lorsqu'il s'agit d'actions patrimoniales. Divers articles du Code peuvent être invoqués à l'appui de cette opinion. Toutefois, à l'exception de l'article 1394 qui permet l'annulation au profit des créanciers d'une renonciation à une succession ou à une libéralité, — et encore dans cette hypothèse comme nous l'indiquions précédemment, il y a mélange des articles 1166 et 1167, le Chili ne prévoit, en droit civil, que quelques dispositions qui constituent, d'après notre Code, plus des saisies-arrêts, des subrogations ou des procédures que des actions obliques.

CONCLUSION

Nous arrivons au terme de notre étude de droit civil comparé sur l'action oblique.

Nous avons essayé de dégager quelle avait été son origine ancienne qui, contrairement aux théories générales sur les obligations, telles que nous les connaissons actuellement, ne dérive pas de la grande époque classique romaine où on n'exerçait que la « missio » in bona, la vente en bloc.

Nous nous sommes rendu compte de la naissance et de l'évolution de cette théorie dans le droit romain, passée ensuite dans notre droit et qui s'y est plus développée que dans les derniers temps de l'Empire.

Nous avons remarqué que le type de cette action s'était révélé dans toute son ampleur grâce aux commentateurs qui la firent adopter par le très ancien droit français.

De tout ce passé historique nous avons retenu les grandes lignes, en ce qui touche les conditions d'existence et d'exercice du droit du créancier et nous avons observé l'aspect actuel de la question dans différentes législations.

Nous y avons alors constaté deux courants tout à fait différents : un groupe de nations continue la tradition romaine depuis la fin de l'époque classique à l'aide des principes généraux du droit romain dont leur Code est imprégné.

L'action oblique, chez ces nations, est venue par l'inter-

médiaire des coutumes françaises qui l'ont dégagée de ses principales bases et qui l'ont rendue pratique dans ses applications à tel point que Pothier lui-même l'estime comme très usitée à cette époque.

Le droit civil français et le droit égyptien qui s'en inspire ont posé les règles générales qui en délimitent les conditions de forme et de fond, chaque peuple les adaptant à ses habitudes juridiques et à ses cas d'espèces souvent délicats, dérivant d'état de droit très particulier. La rédaction même employée dans ces Codes respectifs ne nous a pas toujours donné satisfaction et nous en avons fourni les raisons; nous avons pu exposer comment, grâce aux décisions de jurisprudence et à la lumière des solutions des procès engagés, cette action tend à se perfectionner chaque jour pour arriver bientôt à ne plus donner à de constatations sérieuses entre toutes les personnes intéressées, le créancier poursuivant le premier débiteur, le deuxième débiteur, les autres créanciers, les tiers en général.

Notre étude nous a permis également de classer dans ce groupe la législation italienne en nous inspirant des mêmes méthodes et par l'examen de quelques cas typiques nous avons démontré qu'elle aboutissait aux mêmes difficultés, mais qu'elle s'appuyait par contre sur les mêmes idées générales conformes à la tradition.

Et nous avons noté pour terminer la formule particulièrement heureuse du projet du Code franco-italien qui résume d'une façon très concise l'ensemble des solutions données et des conditions générales de l'exercice de l'action.

L'Angleterre, l'Allemagne, l'Autriche admettent la faillite des non commerçants; la Suisse l'admet pour tous inscrits au registre du commerce.

On aboutit ainsi à la nomination d'un Syndic qui pourra agir au nom du débiteur dans l'intérêt de tous ; à défaut d'une action individuelle le droit germanique toujours favorable aux actions collectives possède donc une action dans l'intérêt de tous, ce n'est pas l'équivalent exact, mais c'est un moyen d'y suppléer.

Nous n'avons pas à discuter le bien-fondé de cette opinion qui paraît aboutir à une solution de la question en précisant comment les peuples qui se passent de l'action oblique paraissent justifier cette abstention en ayant recours à d'autres procédés.

Mais ces procédés ne peuvent obligatoirement donner satisfaction au droit personnel et absolu du créancier, qui perd toute liberté de manœuvre et d'une manœuvre équitable en lui supprimant la possibilité d'un recouvrement établi sur l'article 1166 du Code Civil français.

Pourquoi prétendre que le premier groupe a raison de maintenir le principe de cette action ? On aurait pu croire un moment qu'elle ne survivrait pas au Code Civil, puisque les nouveaux Codes étrangers n'en parlaient plus, n'y faisant même plus allusion. Mais le projet du Code italien, le dernier en date de cette refonte générale des différentes législations étrangères, affirme, une fois de plus, l'importance indiscutable qu'on doit attacher à ce système ; la définition nouvelle et complète.

Tout créancier dont la créance est échue ou à terme peut exercer tous les droits et actions de son débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

Pour la recevabilité de l'action le créancier est tenu de justifier de sa créance sans qu'il soit besoin d'un titre exécutoire et mise en demeure du débiteur qui doit toute-fois être mis en cause.

Lors de l'analyse de ce texte nous avons exposé pour quelles raisons à nos yeux nous l'estimons supérieur à tous ceux qui jusqu'à ce jour ont édicté les prescriptions impératives sur la question, sous la réserve toutefois d'une définition plus précise de ce qu'on appelle « les droits et actions » exclusivement attachés à la personne.

Et nous avons conclu de ces différentes recherches tout le bien-fondé de l'existence et de la pratique de cette action.

Puis nous avons abordé l'examen du deuxième groupe de législations modernes qui ont volontairement ignoré l'article 1166 du Code Civil français, l'action appelée quelquefois action indirecte.

A l'idée des principes posés par les Codes nous avons montré comment les législations anglo-saxonnes (Angleterre et avec elle les États-Unis) d'une part et le groupe des nations de l'Europe Centrale qui ont suivi l'inspiration juridique germanique (Allemagne, Suisse et Autriche) aboutissent à la négation même de la réalité de l'action et ne donne aux créanciers que le seul recours de la saisie entre les mains du tiers débiteur.

Nous avons pu voir les difficultés et les aléas nés de cette unique solution.

La question ne se pose cependant pas d'une façon différente dans un pays que dans un autre : il y aura toujours et il y a toujours eu des créanciers et des débiteurs, ces derniers peuvent avoir et ont toujours pu avoir eux-mêmes des débiteurs; la position du droit est analogue partout. Ou le débiteur agira en fraude de son créancier pour se rendre insolvable et nous aurons la solution de l'action paulienne dont nous avons parlé occasionnellement dans notre exposé, ou le débiteur veut rester inactif, sans se

décider à poursuivre son propre débiteur et nous sommes dans le domaine de l'action oblique.

Pour quelles raisons devons-nous constater une telle divergence dans l'interprétation donnée à cette action, quand il s'agit de puissances civilisées, vivant sous les mêmes climats, ayant des conceptions économiques, sociales et souvent juridiques qui se ressemblent et s'accordent ?

La solution traditionnaliste du droit romain et du vieux droit français n'a pas retenu l'attention de certains peuples et notamment des peuples germaniques qui se rattachent à leurs doctrines pour différentes raisons : on n'a pas pu trouver une explication à cette divergence. M. le professeur Domergue (dans son livre *Traité des obligations*, t. VII, p. 397) estime que dans certains pays on a indirectement paré par l'extension de la faillite à une partie des non-commerçants ou même à tous à l'absence d'action oblique.

Nous avons fourni dans le cours de nos explications le résumé des principales théories qui ont été édifiées à son sujet.

Bien que complexe en apparence cette action se dégage avec une certaine netteté ; elle n'entre dans le cadre d'aucune autre action ; elle présente son caractère propre ; en effet, on ne peut pas dire qu'elle tend simplement à la conservation de la créance comme une saisie conservatoire ; cette action jouera un rôle plus actif ; elle va intervenir dans la vie du patrimoine du débiteur, ayant le grand avantage de représenter, pour le créancier, un droit indiscutable d'abord, situation effective et pratique ensuite, et qui permet d'éviter la procédure de saisie coûteuse et souvent brutale, gênante pour les tiers saisis, compliquée

dans son évolution, et amenant les complications telles que la jurisprudence du Tribunal des Référés de la Seine a créé une véritable réglementation contraire, au principe de la loi, en matière de saisie des comptes courants des commerçants dans les banques.

Va-t-on dire cependant qu'elle devient forcément une mesure d'exécution et qu'il n'y a pas d'intérêt à user d'un procédé plutôt que d'un autre. Mais cette saisie ultérieure n'est pas obligatoire ; si le créancier arrive à grossir le patrimoine de son débiteur avec les fonds que ce dernier négligeait de recouvrer c'est en réalité pour lui, créancier, qu'il travaille.

En cela on peut dire que l'action oblique se rattache à la saisie : opinion cependant inexacte car elle n'est pas comprise dans la procédure de saisie elle-même, puisqu'elle n'est pas le premier acte de cette saisie comme le commandement par exemple. Le créancier veut simplement voir clair dans les forces actives de son débiteur ; il va les reconstituer, les compléter. Ce premier travail fait il ne se servira de la saisie que comme d'un instrument.

Les deux procédures sont donc tout à fait distinctes et la saisie ne vient que comme un adjuvant.

L'action oblique a donc sa vie propre, ses caractères propres, dont le principe est inspiré avant tout de l'idée de conciliation de deux sortes d'intérêts contraires, bien que légitimement en lutte : celui du débiteur qui reste libre dans son action et dans l'administration de son bien, celui du créancier qui ne pourrait rester impuissant, désarmé, devant l'inertie du débiteur, alors que celui-ci pourrait recouvrer la créance qu'il détient contre son propre débiteur.

Le deuxième groupe des nations qui refuse de se servir

d'une telle arme va-t-il se laisser convaincre de son utilité ; va-t-il céder à la tradition romaine qui a fait ses preuves ?

A propos du droit anglais M. Lévy-Ullmann dans ses « Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques », t. II, p. 41 fait cette instructive constatation :

« Le système continental est l'héritier, le continuateur du droit romain ; il en a reçu et conservé les catégories, les institutions, la plupart des règles positives dans la sphère du droit privé. En droit public, l'autorité des textes du « Corpus » utilisés par les légistes servit d'aliment aux luttes politiques qui déchirèrent les monarchies européennes jusqu'aux dernières années du XIX^e siècle ; par contre, les auteurs anglais et américains affirmaient que leur droit national avait toujours opposé à la pénétration du droit romain une résistance victorieuse. Aujourd'hui, l'on professe cependant une opinion beaucoup plus dubitative ; l'« Histoire entière de l'influence du Corpus Juris sur l'évolution du droit anglais à travers son développement est encore à écrire » est une citation qu'on peut lire en tête d'une très récente étude sur le « Droit romain dans les procès modernes devant les Cours anglaises » parue dans le volume de « Mélanges » publié à Cambridge en l'honneur du Docteur Bond et de nos savants collègues les professeurs Beckland et Kenny. »

Nous ne pouvons donc donner une réponse définitive à ce sujet, mais nous avons, dans notre exposé, étudié une institution qui a fait ses preuves et qui a résisté à toutes sortes de critiques sérieuses : elle relève, malgré sa concrétisation dans le droit positif, d'un véritable droit naturel. Elle est une des nombreuses illustrations du principe phi-

losophique de la science du droit ; en cela elle est vraiment juridique : nous pourrions pour conclure rappeler à la fin de cette étude et citer cette phrase de M. le professeur Lévy-Ullmann (l. citée p. 45) :

« Le droit est une science qui s'apparente aux sciences de la nature ; il repose sur l'observation et l'expérimentation. »

VU :

Le Doyen.
E. ALLIX.

VU :

Le Président de la thèse,
H. LÉVY-ULLMANN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT FRANÇAIS

- BASNAGE. — *Coutume de Normandie*, art. 278.
FENET. — *Recueil des Travaux préparatoires du Code français*, Paris, 1827, 1828.
TARDIF. — *Coutume de Normandie*, p. 87 et s.
PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique du droit civil français*, t. VII.
DEMOGUE. — *Traité des obligations*, t. VII.
LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1885, t. II.
DEMOLOMBE. — *Cours de code Napoléon*.
DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil*, t. V.
LAURENT. — *Principes de droit civil français*, t. XVI (1898-1903).
LABBÉ. — *La Revue critique* de 1856, t. IX, p. 208.
COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II.
HUC. — *Commentaire de droit civil*, t. VII.
BAUDRY-LACANTINERIE. — T. I.
POTHIER. — Obligation n° 440, mot. mandat., n° 83, vente, n° 371, etc.
AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, t. IV.
BISSON. — *Thèse*, 1911.
BRATIONO. — *Thèse*, 1913.
SIREY. — Depuis 1908.
DALLOZ. — *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*.
DALLOZ. — Annoté.
DALLOZ. — *Répertoire pratique*.

DROIT ÉGYPTIEN

- EL SINHOURI (Obligations, 1935).
LE WAKF ZEID BEY.
LE WAKF MESSINA, 1933.
PALAZZI. — *Les obligations*.
MESSINA. — *Les obligations*, 1934.

DROIT ITALIEN

- RUGGIERO. — *Instituzioni di Diritto Civile*.
RICCI. — *Diritto Civile*.
Il digesto Italiano, art. 163 et suiv.
PACCIFICO MAZZIONI. — *Droit civil*.
GEORGI. — *Obligations*.
STOLPHI. — *Diritto Civile*.
FERRARA. — *Foro Ital.*, 1904, I, p. 1401.
CANTONI. — *L'Az surrogatoria*, 1907, p. 43.
CANTONI. — *Diritto Commerciale*, 1907.
CLAPS. — *Foro Ital.*, 1913, I, p. 560.
ZUCCONI. — *Natura et effetti del azione surrogatoria*, *Riv. di dir. civile*, 1911.

DROIT ANGLAIS

- AMOUROUX. — Menard (Jeanne). — 1931, Paris.
RAND BAILY (John). — *Manuel pratique de proc. anglaise*.
CURTI (Arthur). — *Manuel de droit civil et comm. anglais*.
JENKS (Edward). — *The book of English law*.
LÉVY-ULLMANN. — *Les systèmes juridiques de l'Angleterre*.
YEARLY PATRICE. — *Being a collection of the Statutes orders and rules relating to the general Practice, procedure and jurisdiction of the Supreme*. London, 1930.
A digest of English Car. Dicey.
Stephen's Commentaries on the law of English. A digest of the law of evidence 10 cd., par Sir Herbert STEPHEN et Sir Harry STEPHEN. Londres, 1922.
The A.B.C. Guide to the practice of the Supreme Court, par F. R. P. STRINGER, 29 éd., Londres, 1934.
OSBORN. — *Law dictionnery*.

DROIT ALLEMAND

- Code civil allemand* : Traduction de l'Office de législation étrangère et de droit international (1929).
L'Allemagne depuis la guerre. — Etude juridique, politique et économique, 1^{re} série. MM. DUQUESNE, CARRÉ, Mulheise, 1925 (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1904) ; 2^e série par VERMEIL, BROMLHET, CARRÉ et BEAUCOURT.
SCHERER MARTIN. — *Principales différences entre le Code Napoléon, 1804 et le Code Guillaume II* (1900, 2^e édition, Paris, 1927).
SALEILLES RAYMOND. — *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand*. Paris, 3^e éd., 1914.
SALEILLES RAYMOND. — *Mélanges de droit comparé*.
Droit civil allemand. — Préface de René GARRAUD.

DARRE. — *Code civil allemand et Code civil français*, par HARTMANN. Berlin et Paris.

BRAUN. — *Traité pratique du droit civil allemand*, Bruxelles et Paris, 1893.

LEHEU (Ern). — *Elément de droit civil germanique*.

D^r ENDEMANN. — *Lehrbuch des Burgerlichen Rechts*.

Forster civil prozessordnung. — Édition Payot.

D^r LUDWIG KUHLENBECK. — *Handcommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*, édition Payot.

KONRAD COSACK. — *Lehrbuch des Burgerlichen Rechts*, Iéna.

E. ECCINO KIPP WOLFF. — *Lehrbuch des Burgerlichen Rechts*, Marburg.

JULIUS SPRING. — *Manuel de droit public et privé en vigueur dans les pays de droit civil prussien*.

MENZEN. — *Code civil allemand* (Berlin).

KLEIDNAM FEODOR. — *Abhandlungen zum Privatrecht Civil prozessordnung des deutschen Reich*.

DROIT SUISSE

FUNLE. — *Code civil suisse et français F.A.C.*, 37148.

BRIDEL (Fritz). — *Commentaires du Code fédéral des obligations*. Traduction Max PORRET et Gustave PERREGAUX, Paris, 1930.

HABERSTICH. — *Manuel du droit fédéral des obligations*. Traduction Gilliéon, 1889.

ROSSEL (Virgile). — *Manuel du droit fédéral des obligations*, 4^e édit. (1920-1926).

MARTIN. — *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites*, édit. Payot, Lausanne.

REICHEL. — *Commentaires de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite*, édition Payot, Lausanne.

JAEGER. — *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite*. Traduction Max PORRET. Ed. DELACHONE, Neuchâtel.

JACOTTET. — *Manuel du droit fédéral des obligations*, 1884.

CHAPITRE I. — Vue générale	77
<i>Section I.</i> — Attachment of debts	82
<i>Section II.</i> — Origine de l'action.	85

	Pages.
<i>Section III.</i> — Conditions requises pour les créanciers.	86
<i>Section IV.</i> — Droits mettant obstacle à l'action du créancier	87
<i>Section V.</i> — Conditions de forme et de fond	88
<i>Section VI.</i> — La procédure, les exceptions et les effets de la décision.	89

TROISIÈME PARTIE

DROIT ALLEMAND ET SUISSE

CHAPITRE I. — L'action oblique en droit allemand, autrichien et suisse	99
CHAPITRE II. — Conditions d'exercice de la procédure. .	114
CHAPITRE III. — Des pays qui n'adoptent pas l'action oblique	121
CONCLUSION	123

IMPRIMERIE
CH. HÉRISSEY
:: ÉVREUX ::